Das bernische Geschwornengericht

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Dr. jur.
der h. jur. Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Erich Oberli

von Lützelflüh

VERLAG PAUL HAUPT BERN 1934

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht

Erster Teil

Die Periode der Zweiteilung des Geschwornengerichtes

I. Geschichtlicher Rückblick.

1. Allgemeiner Entwicklungsgang 9
2. Die Entwicklung im Kanton Bern 12

II. Das alte bernische Geschwornengericht.

1. Die Organisation 15
2. Das Vorverfahren 18
3. Die Hauptverhandlung
   a) Allgemeines 21
   b) Der Gang der Verhandlung 23
   c) Die Urteilsfällung 26
4. Das Rechtsmittelverfahren 27

III. Kritische Betrachtungen.

1. Die Bewertung des Geschwornengerichtes . . . 29
2. Die Frage der Reform des Geschwornengerichtes . . 36

Zweiter Teil

Das einheitliche Geschwornengericht

I. Organisation und Kompetenz.

1. Verfassung und Prozessgesetz 43
2. Zuständigkeit 46
3. Die Bildung des Gerichtes 52

II. Vorverfahren.

1. Die Voruntersuchung 60
2. Das Ueberweisungsstadium und die Vorbereitung der Hauptverhandlung 62

III. Die Hauptverhandlung.

1. Allgemeines 66
2. Eröffnung 69
3. Beweisverfahren 73
4. Schluss der Parteiverhandlungen 81
5. Beratung und Urteil 84

IV. Das Rechtsmittelverfahren.

1. Allgemeines 89
2. Nichtigkeitsklage
   a) Eigenart 90
   b) Einlegung des Rechtsmittels 92
   c) Nichtigkeitsgründe 96
   d) Verfahren 101
   e) Beurteilung 104

Literatur:

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1912.

Balsiger, Kassation und Kassationsgericht im Kt. Zürich. Diss. 1903.

Best, Grundzüge des englischen Beweisverfahrens.

Binding, Die drei Grundfragen der Organisation des Strafgerichtes. Leipzig 1896. Kritik des Entwurfes von 1894.

Delpech, La procédure et le droit crim. en cour d'assises.

Doerr, Strafprozessordnung mit Erläuterungen, München 1931.

Faustin, Hélie, Traité de l'instrution criminelle. Paris 1867.

Friedmann, Ueber die Schwurgerichte.

Gabuzzi, Die Schöffeneinrichtung im Kanton Tessin (Schwurgericht und Schöffengericht. Bd. I, 1906).

Glaser, Die Fragenstellung in schwurgerichtlichen Erörterungen. Anklage, Wahrspruch und Rechtsmittel im englischen Schwurgerichtsverfahren. Erlangen 1866.

Görres, Wahrspruch der Geschwornen und seine psychologischen Grundlagen. Halle 1903.

Gut, Die Kassationsbeschwerde im eidgenössischen Strafprozess. Zürich, Diss. 1923.

Heinze, Ein deutsches Geschwornengericht.

Hélie, Faustin, Traité de l'instruction criminelle. Paris 1867.

Hye-Glunek, Ueber das Schwurgericht. Wien 1864.

John, Kommentar zur deutschen Strafprozessordnung.

Kahl, Schwur- oder Schöffengerichte (in Schwurgerichte und Schöffengerichte, Bd. I, 1906).

Kleinfelder, Die Stellung des Schwurgerichtsvorsitzenden (Schwurgerichte und Schöffengerichte, Bd. I, 1906).

Kohler, Studien aus dem Strafrecht 1890.

Krebs, Straf- und Strafprozessgesetze für den Kanton Bern, 1929.

Kronecker, Vorschläge zur Verbesserung der Schwurgerichte (Schwurgerichte und Schöffengerichte, Bd. 1, 1906).

Leuch, Kommentar zur bernischen Zivilprozessordnung. Bern 1922.

Lohsing, Oesterreichisches Strafprozessrecht. Wien 1912.

Lüthi, Die schweizerische Bundesanwaltschaft. Bern, Diss. 1923.

Mayer M. E., Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechtes 1915.

Meili, Der Zivil-und Strafprozess.

Mittermaier, Zur Frage der Schwurgerichte, 1906.

Meyer Hugo, Frage des Schöffengerichtes. Erlangen 1873. Die Hauptverhandlungen vor den Schwurgerichten in Holtzendorffs Handbuch des Strafprozessrechts.

Müller, Gesetzbuch über das Verfahren in Strafsachen, 1907.

Oetker, Das Verfahren von den Schwur- und Schöffengerichten. Leipzig 1907.

Olshausen, Beiträge zur Reform des Strafprozesses, 1885.

Rittler, Fragestellung, Wahrspruch und Urteil nach österreichischem Prozessrecht (Schwurgerichte und Schöffengerichte, Bd. I, 1906).

Rollier, Schwurgericht oder Schöffengericht. Bern 1925.

Rothenberger-Klein, Geschichte und Kritik des Schwurgerichtsverfahrens in der Schweiz, 1903.

Schäfer, Beiträge zur Schuld- und Straffrage (Schwurgerichte und Schöffengerichte, Bd. I, 1906).

Schudel, Das zürcherische Schwurgericht. Diss. Zürich 1914.

Schwoerer, Zur Reform der Strafgerichtsverfassung (Schwurgerichte und Schöffengericht, Bd. I, 1906).

Stenglein, Gutachten für den 22. deutschen Juristentag (Verhandlungen des Juristentages, I).

Stoos, Kommentar zur Militärstrafgerichtsordnung, 1915.

Thormann, Bericht über die Revision des Strafverfahrens des Kantons Bern, 1906.

Erläuterungen zum Vorentwurf einer Strafprozessordnung des Kantons Bern. Bern 1912.

Erläuterungen zum Vorentwurf einer Strafprozessordnung für den Kanton Bern. Bern 1926.

Ullmann, Gutachten für den 10. deutschen Juristentag (Verhandlungen des Juristentages, I).

Die österreichische Strafprozessordnung (Holtzendorffs Handbuch, I).

von Bar, Recht und Beweis im Geschwornengericht. Hannover 1865.

von Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechtes, 1892.

von Liszt, Die Reform des Strafverfahrens, 1906.

Weingart, Das Schwurgerichtsproblem bei Aschrott, Reform des Strafprozesses, 1806.

Zeitschriften:

Der Gerichtssaal.
Deutsche Juristenzeitung .
Das Recht.
Zeitschrift für schweizerisches Strafrecht.
Goltammers Archiv I.
Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
Monatsschrift für bernische Rechtssprechung.
Schwurgerichte und Schöffengerichte, Bd. I, 1906, Bd. II, 1909.

Materialien:

Protokolle der Kommission für die Reform des deutschen Strafprozesses, Bd. I, 1905 .
Bericht des Zürcher Regierungsrates an den Kantonsrat vom 21. Nov. 1901
Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern.
Vorentwurf einer Strafprozessordnung für den Kanton Bern vom Okt. 1911.
Entwurf der Justizdirektion für eine Strafprozessordnung des Kantons Bern vom August 1926.
Gemeinsamer Entwurf des Regierungsrates und der Grossratskommission für ein Gesetz über das Strafverfahren des Kantons Bern vom 4./8. Juli 1927.

Erster Teil

Die Periode der Zweiteilung des Geschwornengerichtes

I. Geschichtlicher Rückblick

1. Allgemeiner Entwicklungsgang.

Die Beteiligung des Laienelementes an der Rechtsprechung reicht in die älteste Zeit zurück und zieht sich wie ein roter Faden durch die ganze Geschichte der Rechtsentwicklung. Von verschiedenen Formen dieser Beteiligung ist diejenige in den Geschwornengerichten wohl die meist umstrittene.

Als Mutterland der Geschwornengerichte ist nach den neueren Forschungen [1]) nicht England anzusehen, sondern die Normandie. Doch ist die Jury erst auf englischem Boden zu dem geworden, was sie heute ist. Juristisch stellt sich das Geschwornengericht als die weitere organische Entwicklung des Institutes der „inquisitio" im fränkischen Reichsrecht dar. Ausgangspunkt der Jury war merkwürdigerweise das Gebiet des Zivilrechts. Die Ziviljury diente der späteren Strafjury als Vorbild.

Das erste Stadium in der Entwicklungsgeschichte der Ziviljury bildet der Inquisitionsbeweis des fränkischen Rechts, [2]) und zwar des Königsrechts, darin bestehend, dass der Richter aus den angesehensten Umsassen eine Anzahl Gemeindegenossen auswählte, welche er durch Eid verpflichtete, auf seine Fragen die Wahrheit zu sagen. Der Geschwornenausspruch konnte nicht durch Berufung auf das Ordal in Frage gestellt werden. In der Normandie wurde dieses Verfahren „recognitio" genannt.

Durch die normannische Eroberung gelangte England im 12. Jahrhundert in den fränkisch-normannischen Rechtskreis. Die recognitio wurde unter dem Namen „assisa" in den Zivilprozess eingeführt, wo sie sich allmählich zur Beweisjury und

---

[1]) Brunner, Die Entst. d. Schwurger. S. 11 ff, 19 ff und 36 ff.
[2]) Binding, Grundr. d. Str. P. S. 12 ff.

weiter zur Urteilsjury entwickelte.[3]) Vom Zivilprozess wurde das Institut auf den Strafprozess übertragen, der ja in alter Zeit vom Zivilprozess nicht streng geschieden war.

Zuerst entwickelte sich aus dem fränkischen Rügeverfahren die Hundertschaftsjury als Anklagejury, die zum erstenmal im Jahre 1166 nachgewiesen wurde.[4]) Sie bestand aus zwölf Geschwornen, welche die Rüge gutheissen oder verwerfen konnten. Im 14. Jahrhundert trat die sogenannte Grosse Jury, aus der doppelten Anzahl von Geschwornen gebildet, die aus der ganzen Grafschaft ernannt wurden, an die Stelle der Hundertschaftsjury. Die Geschwornenbank, wie wir sie heute kennen, entwickelte sich neben der Anklagejury als Urteilsjury in Strafsachen. Sie hatte im Anfang den Charakter eines Beweisinstitutes, ihre vollständige Umwandlung in die Urteilsjury vollzog sich in der Mitte des 17. Jahrhunderts, indem die Zeugenqualität der Geschwornen gänzlich beseitigt wurde und der Wahrspruch nur auf Grund des vorgeführten Beweises erfolgen durfte.[5])

Die französische Revolution hat das Geschworneninstitut rezipiert, dessen ursprüngliche Heimat ja Frankreich war. In der französischen Nationalversammlung ist sogar das Projekt einer Universaljury aufgetaucht, doch wurde mit Dekret vom 30. April 1790 nur die Kriminaljury, und zwar als Anklage- und Urteilsjury eingeführt.[6])

Als erster Schweizerkanton hat Genf in seiner Verfassung vom 5. Februar 1794 das Geschworeneninstitut übernommen. Charakteristisch ist beim Genfer System namentlich die Mitaufnahme der Anklagejury und die Schaffung der Einrichtung einer Rekursjury. Die dem englischen Recht entlehnte Anklagejury bestand anfänglich aus zwölf Geschwornen (Grands Jurés), denen die Funktionen einer Anklagekammer zukamen und die sogar selber Untersuchungshandlungen vornehmen konnten.

Die Urteilsjury, die auch für korrektionelle Fälle zuständig war, spricht lediglich über die Schuldfrage ab, die sie aber nur mit Dreiviertelmehrheit bejahen kann.

---

[3]) Brunner, S. 39, 40; Binding, S. 14.
4) Binding, S. 15.
[5]) Binding, S. 17.
[6]) Höchster, Lehrb. d. franz. Str. P., S. 311.

Die Rekursjury (Jury d'Equité) wurde aus staatlichen Beamten ausgelost. Sie konnte das vom Verurteilten angefochtene Verdikt bestätigen, mildern oder die Strafe umändern, nicht aber erhöhen.

Von der westschweizerischen Gruppe haben in der Folge auch die Kantone: Waadt (1846), Neuenburg (1848) und Freiburg (1848) das Geschworneninstitut übernommen, und zwar im Zusammenhang mit den revolutionären Bewegungen, so dass das Institut einen starken politischen Einschlag bekommen hat.[7]) Für das waadtländische System besonders charakteristisch ist die Trennung nicht nur der Schuld- und Straffrage, sondern auch noch der Tatfrage von der Schuldfrage, über welche die Jury gesondert abspricht, so dass in der Fragestellung die Frage, ob der Angeschuldigte die inkriminierte Handlung ausgeführt habe von der Frage getrennt wird, ob er schuldig sei. Das Verfahren Neuenburgs und Freiburgs hat mehr kompilatorischen Charakter (Anlehnungen an Genf, Waadt und Bern).

Von den deutschschweizerischen haben nur die grossen Kantone des Mittellandes das Schwurgericht eingeführt: Bern (1846), Thurgau (1849), Zürich (1851), Aargau (1852) und Solothurn (1862). Die übrigen Kantone kommen ohne Schwurgericht aus. Es ist besonders charakteristisch, dass die Jury, der man einen echt demokratischen Charakter nachzurühmen pflegt, gerade in denjenigen Ständen, die seit ihrer Gründung reine Demokratien geblieben sind, in den Landsgemeinde-Kantonen, nicht Wurzel gefasst hat, und dass wir überhaupt lediglich neun Jury-Kantone zählen.[8])

Die Erklärung liegt offenbar darin, dass die Jury kein bodenständiges schweizerisches Institut darstellt, sondern eine fremde Importe, die im Gegensatz zu ihrem Stammland, England, auf dem Kontinent mehr zu einem politischen als zu einem richterlichen Institut geworden ist. Dies tritt besonders charakteristisch im Bundesrecht hervor, welches das Juryinstitut durch die 48er Verfassung auch auf eidgenössischem Boden garan-

---

[7]) Vgl. Rothenberger, S. 126 ff.

[8]) Ein zehnter, der Tessin, hat die 1855 eingeführte Jury 1883 wieder beseitigt.

tierte.[9]) In den Protokollen über die Beratungen in der Tagsatzung vom 12. September 1848 wird der Jury das Lob gespendet, sie sei eine „Garantie der unteren Klassen der bürgerlichen Gesellschaft gegen Uebergriffe der Gewalt, eine Schutzwehr gegen administrative Gewalt." Der Kompetenzkreis der Jury weise „einen politischen Charakter auf."

Ein Antrag (Solothurns), die Assisen von bundeswegen in allen Kantonen einzuführen, wurde 1848 abgelehnt. Die 1851 eingeführte eidgenössische Militärjury ist 1890 wieder beseitigt worden, nachdem sie in der Praxis versagt hatte.

2. Die Entwicklung im Kanton Bern.

Der erste Versuch der Einführung der Jury in Bern wurde im Jahre 1836 unternommen. Die Behauptung, schon der Landtag zu Langenthal vom 9. Hornung 1584 sei eine Assisenverhandlung gewesen,[10]) trifft nicht zu. Dieses „Land-Gricht", das keine Trennung der Tat- und Rechtsfrage kannte, entspricht mit seinen vielen „Landrichtern" eher einem Schöffengericht.[11])

Am 29. Februar 1836 wurde im Grossen Rat ein „Anzug" gestellt, dass die Richter nur noch Schuld- oder Unschuldurteile aussprechen sollen, gestützt auf ihre Ueberzeugung. Der Antrag ist nicht durchgedrungen. Die Gesetzgebungskommission, die den Enwurf einer Kriminalprozessordnung abzufassen hatte, nahm zur Jury eine ablehnende Stellung ein und stellte sich überdies auf den Boden der gesetzlichen Beweistheorie.[12]) Der Grosse Rat entschied sich im gleichen Sinne.[13])

Erst mit dem Sturz des liberalen Regimes durch die Radikalen nahm die Verfassungsrevision vom 31 Juli 1846, gestützt auf ein preisgekröntes Gutachten Imoberstegs von 1838,[14]) die

---

[9]) Zum erstenmal erscheint die Jury in der Proklamation der rhodanischen Republik durch General Brune (16. März 1798) und später wieder im Entwurf zu einer helvetischen Verfassung v. 15. Jan. 1800 (vgl. Rothenberger, S. 47).

[10]) Z. f. vaterl. Recht, 2. Bd. (1863), S. 171 ff.

[11]) Rothenberger, S. 208, N. 3.

[12]) Z. f. vaterl. R. II., S. 115 ff.

[13]) Z. f. vaterl. R. III., S. 347 ff.

[14]) Z. f. vaterl. R. III., S. 282.

Garantie des Juryinstitutes auf, die folgendermassen lautete: „Für kriminal-, politische und Pressvergehen sind Geschwornengerichte eingesetzt. Dem Gesetze bleibt vorbehalten, den Geschwornengerichten noch andere Teile der Strafrechtspflege zu übertragen. — Dasselbe wird auch die nähere Organisation der Geschwornengerichte bestimmen." (Art. 63).

Die Aufnahme in die Verfassung ist charakteristisch für den stark politischen Einschlag, den das Juryinstitut aufweist. Schon Genf hatte 1794 das Institut in seiner „Constitution" verankert, nachdem dort bis dahin keine Trennung der Gewalten bestanden hatte. Während aber dieser Initiativkanton soweit gegangen war, Gerichts- und Juryorganisation, sowie die Normen des Strafprozesses und zum Teil des Strafrechts in der Constitution niederzulegen,[15]) begnügte man sich in Bern den Grundsatz des Geschwornengerichtes verfassungsmässig zu gewährleisten und die nähere Ausführung den Ausführungsgesetzen anheim zu geben.

Immerhin zeigt sich in der Fassung des Artikels die für die Anfänge der Freiheitsbewegung charakteristische Neigung zur Ueberspannung des Jurygedankens. Es wird nicht nur die Kriminal- und die politische Jury gewährleistet, sondern auch die Pressjury. Schliesslich wird sogar ein Vorbehalt für noch weitere Gebiete der Strafrechtspflege gemacht.

Damit nicht genug, wurde in der Dezembersitzung des Jahres 1858 im Grossen Rate sogar ein Antrag auf Einführung der Ziviljury gestellt, vom Rate aber abgelehnt.[16]) Vom Vorbehalt der Erweiterung der Strafjury über das Gebiet der Kriminaldelikte hinaus, also auf die korrektionelle Strafrechtspflege, ist übrigens nie Gebrauch gemacht worden. In der Schweiz kennen nur Genf und Neuenburg eine korrektionelle Jury, die ihre Existenz im wesentlichen der französischen Trichotomie verdankt.[17])

Anderseits ist der Versuch einer Beschränkung der schwurgerichtlichen Jurisdiktion durch Entziehung der Pressdelikte

---

[15]) Acte constitutiv XII, XLI, XLII.

[16]) Z. f. vaterl. R., 16. Bd., S. 49 ff.

[17]) Waadtland hat die korrektionelle Jury 1886 beseitigt. Vgl. Rothenberger, S. 308, dessen Prognose in bezug auf die Beseitigung der Dreiteilung der Delikte sich nicht erfüllt hat.

„privaten Charakters“ gelegentlich einer Verfassungsrevision misslungen. Die revidierte Verfassung vom 27. November 1884 ist am 1. März 1885 vom Volke verworfen worden. Wenn auch nicht gerade der Juryartikel (Art. 29) an der Verwerfung schuld war, so ist er doch zusammen mit dem ganzen Revisionsentwurf gefallen. In die neue Staatsverfassung vom 4. Juni 1893 wurde der alte Juryartikel als Art. 62 unverändert aufgenommen. Erst in der Volksabstimmung vom 3. November 1907 erhielten die Juryartikel eine neue Fassung:

Art. 61. Für die Verwaltung der Strafrechtspflege werden neben den übrigen Gerichten Geschwornengerichte eingesetzt. — Alle politischen Straffälle und die vom Gesetz bezeichneten Pressdelikte sollen von den Geschwornengerichten beurteilt werden.

Art. 62. Die nähere Organisation und die Kompetenzen der Gerichte werden durch das Gesetz bestimmt. (Der zweite Absatz dieses Artikels bezieht sich nicht mehr auf die Geschwornengerichte.)

In diesen Bestimmungen liegt bereits die Möglichkeit einer weitgehenden Beschränkung der Assisenkompetenz durch das Gesetz, indem von Kriminaldelikten überhaupt nicht mehr gesprochen wird, bezüglich der Pressdelikte aber auf das Gesetz verwiesen wird. Unberührt blieb verfassungsmässig nur noch die Kompetenz für politische Straffälle.

Noch vor dieser Aenderung der verfassungsrechtlichen Grundlage hat sich, wie sonst in der Schweiz, auch in Bern ein gewisser Abbau der Schwurgerichtsbarkeit vollzogen. Das erste Ausführungsgesetz zum Juryartikel der 46er Verfassung, das Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden vom 31. Juli 1847, unterstellt den Assisen „die höhere Strafjustiz“ (§ 11), und zwar „alle Kriminalverbrechen, sowie die politischen Pressvergehen“ (§ 51). Unter Kriminalverbrechen fielen nach dem Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 30. Januar 1866 (Art. 5) die „mit Todesstrafe oder Zuchthausstrafe bedrohten Handlungen, und zwar letztere selbst dann, wenn das Gesetz für die fragliche Handlung auch eine niedrigere Strafart zulässt (Verbrechen)“.

Die Todesstrafe wurde mit Beschluss des Grossen Rates vom 30. November 1874 (Art. 1) abgeschafft. Mit Gesetz vom 2. Mai 1880 ist der Korrektionalisierung die Bahn eröffnet worden. Gemäss Art. 15 dieses Gesetzes wurden die

Strafbehörden nicht nur befugt, sondern sogar verpflichtet, in allen Straffällen, in denen verschiedenartige Strafen alternativ angedroht sind, die Ueberweisung, „statt an den peinlichen Gerichtsstand an das korrektionelle Gericht“ anzuordnen, wenn nach der Natur des besonderen Falles anzunehmen ist, dass das urteilende Gericht bei einer Verurteilung nur die geringere Strafart anzuwenden haben wird.

Die Strafsanktionen des Einführungsgesetzes zum SchKG vom 18. Oktober 1891 nahmen durchwegs korrektionellen Charakter an (Art. 47 ff). Zur Korrektionalisierung kam mit dem gleichen Gesetz vom 2. Mai 1880 die Kriminalisierung hinzu, d. h. die Aufstellung bezw. Zuständigerklärung eines höheren Gerichtes zur erstinstanzlichen Beurteilung bestimmter, der Schwurgerichtsbarkeit entzogener Delikte. Es geschah dies durch die Einführung des sogenannten Autoverdikts: „In allen Fällen der Schwurgerichtsbarkeit, in denen der Angeklagte ein unumwundenes Geständnis seiner Schuld abgelegt hat, urteilt die Kriminalkammer ohne Mitwirkung der Geschwornen“ (§ 1 ff).

II. Das alte bernische Geschwornengericht

1. Die Organisation.

Der Kanton Bern, der in der deutschen Schweiz das erste Gesetz für die Organisation der Schwurgerichte erlassen hat (Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden vom 31. Heumonat 1847), hielt sich in den wesentlichen Bestimmungen an die Erlasse der Kantone Genf (1844) und Waadt (1846). Doch entbehrt das bernische Gesetz nicht der Originalität. Eine wesentliche Verbesserung stellt insbesondere die Einteilung des Gebietes in Assisenbezirke dar, die für die Organisation der Bundesassisen vorbildlich wurde, sowie die Aufstellung einer einheitlichen, obergerichtlichen Kriminalkammer als Assisenhof für alle Assisen des Kantons. Es kommt darin das organisatorische Talent Berns zum Ausdruck.

Insbesondere wurde der ganze Kanton in fünf Assisenbezirke eingeteilt (§ 1, Ziff. 3a OG), die zugleich Wahlkreise bilden, in welchem die direkte Volkswahl der Geschwornen für die Urliste durch die stimmfähigen Bürger des As-

sisenbezirkes nach den jeweiligen Vorschriften über die öffentlichen Wahlen sich vollzog (§ 12a OG). Das Prinzip der Volkswahl schliesst in demokratischen Republiken jedes Census- und Kapazitätensystem aus. Das Wahlrecht ist nach Verfassungsgrundsätzen ein allgemeines.

Nach der alten Gerichtsorganisation wurde auf je 300 Seelen der Bevölkerung ein Geschworner gewählt (§ 12a OG), mit dem Wachstum der Bevölkerung ist durch das neuere, jetzt noch in Geltung stehende Organisationsgesetz vom 31. Januar 1909 die Bevölkerungsziffer, auf welche ein Geschworner fällt, verdoppelt worden (Art. 22 OG). Im Gegensatz zur allgemeinen aktiven Wahlfähigkeit ist die passive Wahlfähigkeit beschränkt. Abgesehen von einem bestimmten Alter (25 Jahre, § 12a OG, Art. 24 OG), das sicherlich, im Interesse einer gewissen Reife des Urteils und der Lebenserfahrung, noch erhöht werden könnte, werden gewisse negative Qualitäten gefordert, indem man beamteten Personen die Exklusive gibt. Staats- und Gemeindebeamte, insbesondere eidgenössische und kantonale Beamte der richterlichen und vollziehenden Gewalt, im Staatsdienst stehende Geistliche, Beamte der Staatsanwaltschaft, Angestellte der öffentlichen Enthaltungshäuser, Mitglieder des Landjägerkorps dürfen nicht gewählt werden (§ 14a OG). Das geltende OG hat das Verbot noch auf die Beamten der verstaatlichten Gewerbebetriebe, sowie die eidgenössischen, kantonalen und Gemeindeangestellten ausgedehnt (Art. 24).

Die Spitze richtet sich nicht, wie Rothenberger anzunehmen scheint[1]) gegen Rechtsgelehrte im Gegensatz zu Laienrichtern, sondern gegen beamtete im Gegensatz zu unbeamteten Personen. Es kommt darin die für die Frühzeit der Freiheitsbewegung charakteristische Anschauung zum Ausdruck, die Beamtenstellung erzeuge für den Beamten eine seine richterliche Freiheit beeinträchtigende Abhängigkeit von der Regierung. Dass diese Anschauung gerade für richterliche und alle sonstigen aus der Volkswahl herausgehenden Beamten nicht zutrifft, liegt auf der Hand.

Aber auch die von Behörden ernannten Beamten haben eine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit ihres Urteils seitens der

---

[1]) Rothenberger, S. 315.

Regierung kaum zu fürchten. Völlig unabhängig stehen sie dagegen in Perioden grosser Aufregung den Massen gegenüber. „Sie leben nicht von ihnen", sagt treffend Binding,[2]) „ihr Tadel hemmt sie nicht, ihr Lob fördert sie nicht, die Gewohnheit erleichtert ihnen, ihren Weg ruhig weiter zu gehen ohne rechts oder links abzuschweifen." Hingegen werden die unbeamteten Richter, wie Binding fortfährt „vom Tage geboren und kehren nach kurzer Funktion als Richter in ihre alltägliche Stellung zurück. Sie kommen mit den Vorurteilen der Menge und haben Schädigung in ihrem Erwerb, Unglimpf aller Art zu erwarten, wenn sie nicht diesen gemäss urteilen".[3])

Der Gedanke, der in der Heranziehung von Leuten aus dem Volke zur Rechtsprechung steckt, fordert sicherlich nicht, dass dem Wähler aus dem Volke verboten werde, Männer zu Geschwornen zu wählen, lediglich aus dem Grunde, dass sie Beamtenstellen bekleiden. Gerade weil keine besonderen Qualitäten (Vorkenntnisse, Bildungsgang u. dgl.) für das Amt des Geschwornen gefordert werden, sollen auch der Wahl keine Schranken gesetzt werden.

Während für die Urliste die direkte Volkswahl gilt, ist für die Erstellung der Sessionsliste (Spezialliste), die ursprünglich 40 (§ 23a OG), später 30 Geschworene (Art. 23 OG) umfasste, das Auslosungssystem vorgesehen (§ 23a OG, Art. 33 OG). Kein Geringerer als Montesquieu[4]) hat das Lossystem empfohlen, das er als mit dem Charakter der Demokratie am besten vereinbarlich erachtete: „Le suffrage par le sort est de la nature de la démocratie, le suffrage (universel) par le choix est de celle de l'aristocratie." Dass gerade der blinde Zufall bei der Wahl der Natur der Demokratie gemäss sein soll, scheint wenig einleuchtend. Auch Argumente, wie sie von Renaud[5]) und Dubs[6]) ins Treffen geführt werden, sind wenig überzeugend. Nach Renaud würden durch das Wahlsystem die besonderen Garantien verloren gehen, welche die Jury für po-

---

[2]) K. Binding, Die drei Grundfragen, S. 50.

[3]) Vgl. auch Schwarze, Geschwornengericht, S. 84; Feuerbach, Betr. über die Geschwornengerichte, S. 152.

[4]) Montesquieu, Esprit des loi. 2. Buch, 2. Kap.

[5]) Renaud in Krit. Z. f. Rechtspr. und Gesetzg., 19. Bd.. S. 198.

[6]) Dubs, Die schweizerische Demokratie, S. 55.

litische und Pressvergehen gewähren soll. Nach Dubs soll nicht ein Mensch, nicht eine Partei, sondern das unparteiliche Los entscheiden, wobei er aber hervorhebt, dass dessen Zufälligkeiten bis zu einem gewissen Grade korrigiert werden dürfen.

Sympathischer berührt der Ausspruch Rolliers,[7]) nach welchem das Auslosungssystem dem unbekannten Manne aus dem Volke die Stelle im höchsten Richteramt zugänglich mache und so das ganze Volk in diesem Richteramt verkörpere, — etwa wie der „soldat inconnu" unter dem Triumphbogen in Paris die ganze französische Armee verkörpere. — Wir verschliessen uns nicht dem Verständnis für eine solche Symbolik. Wo aber die symbolische Persönlichkeit nicht nur formell repräsentieren, sondern über Leben und Tod und jedenfalls über die höchsten menschlichen Güter (Freiheit, Ehre) entscheiden soll, da sehen wir nicht ein, warum die Lotterie des Zufalls an Stelle von Einsicht und erwägender Wahl treten soll.

Der Bundesrat hat selber in seiner Botschaft zur Militär-Strafgerichtsordnung die ausgeloste Jury nicht angestanden als „Lotterie" zu bezeichnen. Würde man auch für die beamteten Richter etwa das Lossystem postulieren? Es liegt auf der Hand, dass die Spezialliste wertvoller werden dürfte, wenn das Obergericht die Auswahl aus der Urliste treffen sollte. Will man aber durchaus bei der Bestellung durch das Volk bleiben, so soll es gleich die nötige Anzahl von Geschwornen (30) wählen.

Die Organisation der Jury hat, wie schon aus den bisherigen Ausführungen erhellt, durch die geltende Gerichtsorganisation von 1909 keine wesentliche Aenderung erfahren. Im übrigen wird im zweiten Teile dieser Ausführungen auf die Organisation noch zurückzukommen sein.

2. Das Vorverfahren.

Das schwurgerichtliche Verfahren nach dem alten bernischen Strafprozesse vom 2. März 1850, bezw. 29. Juni 1854, stellte eine weitgehende Nachbildung des französischen (napo-

---

[7]) Rollier, Geschworne oder Schöffengericht in Polit. Rundschau 1925, Heft 1/2.

leonischen) Code d'instruction criminelle dar, neben welchem auch das Genfer Gesetz vom 12. Januar 1844 als Vorbild gedient hat.

Charakteristisch für diesen Prozess war ferner die alte im gemeinen Recht ausgebildete Unterscheidung zwischen der General- und der Spezialinquisition. Die Generaluntersuchung verfolgt den Zweck, sobald die Begehung eines Verbrechens wahrscheinlich geworden, der Täter aber unbekannt ist, diejenigen Verdachtsmomente gegen bestimmte Persönlichkeiten zu sammeln, die es ermöglichen sollen, gegen sie die Spezialuntersuchung durchzuführen.

Die Vornahme der Generaluntersuchung oblag nach französischem Muster den Organen der gerichtlichen Polizei. Bern sah als spezifisches Organ dieser Untersuchung den Regierungsstatthalter vor (Art. 61 ff a. Str. V.). Selbst bei bekannter Täterschaft bildet der Regierungsstatthalter den notwendigen Durchgangspunkt für die Einleitung des Verfahrens, obschon eine eigentliche Generaluntersuchung in solchen Fällen nicht stattzufinden hatte (Art. 74 a. Str. V.).

Erst aus der Hand des unumgänglichen Generalinquisitors, des Regierungsstatthalters, gelangte die Strafsache in diejenige des Untersuchungsrichters (Spezialinquisitor). Die richterliche Voruntersuchung war für korrektionelle und Assisenfälle obligatorisch (Art. 81). Sie war auf rein inquisitorischen Prinzipien aufgebaut („sie wird ohne Einmischung der Parteien geführt", Art. 89). Auskunftsverweigerung oder unvollständige Erklärung des Angeschuldigten bildete eine Präsumption der Schuld (Art. 205, 211), eine Strenge, die selbst dem französischen Vorbild fremd ist und mit der gesetzlichen Beweistheorie zusammenhängt. Einen schwachen Ansatz zu Parteirechten des Angeschuldigten bildete die Zulassung eines Gesuches des inhaftierten Angeschuldigten um Freilassung (Art. 169).

Der inquisitorische Gedanke kam besonders in der einseitigen Ingerenz der Staatsanwaltschaft zum Ausdruck, die nicht nur die gerichtliche Verfolgung veranlassen, sondern die Vornahme bestimmter Untersuchungshandlungen befehlen konnte (Art. 85/2). Die ganze Voruntersuchung wurde zuhanden der Ueberweisungsbehörde geführt, und zwar bei vollständiger Heimlichkeit der Voruntersuchungshandlungen nicht nur der

weiteren Oeffentlichkeit, sondern selbst dem Angeschuldigten und Verletzten gegenüber.[8]) Die Pflicht zur Geheimhaltung der Untersuchungsakten überdauert selbst die Voruntersuchung, sobald diese nicht zu einer Ueberweisung vor das urteilende Gericht geführt hat.

Während Frankreich, welches das Vorbild für diesen antiquierten Inquisitionsprozess abgegeben hat, bereits mit Gesetz vom 8. Dezember 1897 (sog. Loi Constans) dem Angeschuldigten wichtige Parteirechte zubilligte, insbesondere die Anwesenheit des Verteidigers bei den Abhörungen, schleppte Bern sein greisenhaftes Prozessrecht noch weit ins 20. Jahrhundert hinüber.

Die Ueberweisung an die Assisen für die der schwurgerichtlichen Jurisdiktion unterstellten Delikte stand der Anklagekammer zu (Art. 241).[9]) Ihren Sitzungen wohnte der Generalprokurator bei, der ein schriftliches und mündliches Antragsrecht hatte (Art. 247), während weder die Zivilpartei noch Zeugen zur Erscheinung zugelassen wurden (Art. 248). Ob man aus dem Schweigen des Art. 248, unter Vergleichung mit Art. 223 Code d'instr. crim., die Zulassung des Angeschuldigten folgern konnte, blieb problematisch. Jedenfalls billigte man ihm in diesem Stadium das erste Parteirecht zu, nämlich das Recht, eine Vervollständigung der Untersuchung zu verlangen oder ein Memorandum einzugeben, „ohne dass jedoch der Entscheid dadurch verzögert werden darf". Zu diesem Zweck stand dem inhaftierten Angeschuldigten der freie Verkehr mit einem Verteidiger und diesem letzteren die Akteneinsicht zu (Art. 246).

---

[8]) Eine gewisse Milderung der weitgehenden Befugnisse des franz. Inquisitionsrichters stellten die bernischen Vorschriften dar, nach welchen ein Vorführungsbefehl nur für den Fall des Ungehorsams zulässig war (Art. 199 im Gegensatz zu Art. 199—203 franz. St.V.), dass jede Verhaftung eines motivierten richterlichen Beschlusses bedarf (Art. 145, 146), dass die Haftgründe taxativ aufgezählt (Art. 144) und auch für die Hausuntersuchung strenge Voraussetzungen festgelegt waren (Art. 131 ff). Ueberdies hat das Gesetz spezielle Vorschriften über die Behandlung der Detentionsgefangenen gegeben (Art. 159—166). Des weitern war die provisorische Freilassung weitherziger geregelt (Kautionsleistung zwecks Freilassung konnte sogar von amteswegen zugelassen werden, 167, 168).

[9]) Ueber konnexe Straffälle wurde durch einen einzigen Beschluss erkannt (Art. 250, 251).

Die Korrektionalisierungsbefugnis der Anklagekammer wurde bereits (I. 2.) erwähnt. Fasst die Anklagekammer einen Ueberweisungsbeschluss an die Assisen, so wird der Bezirksprokurator mit der Abfassung einer Anklageakte betraut (Art. 261). Gegen den Ueberweisungsbeschluss der Anklagekammer gab es kein Rechtsmittel (Art. 405).[10])

3. Die Hauptverhandlung.

a) Allgemeines.

Das Charakteristikum des alten bernischen Geschworenengerichtes bildete, wie in den meisten Jurygesetzen, seine Teilung in zwei getrennte Organe: die Richterbank und die Geschwornenbank, sowie die gesetzliche Kompetenzscheidung in Schuldfrage und Straffrage. Das bernische StV. enthielt im Gegensatz zum franz. Code d'instr. crim. die ausdrückliche Bestimmung, dass die Geschwornen die Schuldfrage zu beurteilen haben (Art. 236).

Die Schuldfrage ist eine Rechtsfrage,[11]) denn die Geschwornen subsummieren bei der Bejahung der Schuldfrage das eingeklagte Verbrechen unter eine ganz bestimmte Gesetzesvorschrift. Die Geschwornen werden gefragt: „Ist der Angeklagte schuldig, die oder jene strafbare Handlung ... verübt zu haben?" (Art. 427). Ihre Aufgabe umfasst die ausschliessliche und endgültige Beurteilung der in einem einzigen Satz zusammengezogenen Hauptfrage nach Täterschaft, objektivem Tatbestand, subjektivem Tatbestand (Schuld), Einordnung dieser Tatbestände ins Strafgesetz (liegt eine strafbare Handlung vor?). Nebenfragen betrafen Straf- und Schuldausschliessungsgründe, erschwerende oder mildernde Umstände und sonstige Unterscheidungsmerkmale (Art. 428 ff).

Der entsprechende Artikel des französischen Code d'instr. (337) lautet ähnlich: „L'accusé est-il coupable d'avoir commis tel meurtre, tel vol ou tel autre crime, avec toutes les circon-

---

10) Vgl. Code d'instr. crim., Art. 269 ff, 416 ff.

11) Vgl. von der enormen Literatur über diese Frage insbesondere Binding, Grundfragen, S. 53 ff; Feuerbach, Betrachtungen, S. 139; Glaser, Schwurgr. Erört., S. 15 ff, ferner Kahl, in Schwurger. und Schöffenger., I., S. 12 ff.

stances comprises dans le résumé d'accusation?" Allein die herrschende Meinung in Frankreich hält die Schuldfrage für eine reine Tatfrage, — eine Auffassung, die bei der Rezeption der französischen Schwurgerichte zum grossen Teile auch in die frühere (partiale) deutsche Gesetzgebung eingedrungen ist. Sie wurde erst durch die Reichsstrafprozessordnung vom 1. Februar 1877 beseitigt.[12])

Die Scheidung der Schuldfrage in eine Tat- und Rechtsfrage geht auf das englische Recht zurück, wo der Satz galt, „that matters in fact shall be tried by jurores, matters in law by judges".[13]) Die englische Jury war eben vorerst eine Beweisjury. Später, als die Geschwornen nicht mehr selbst die Beweise aufzutreiben hatten, als ihre Zeugenqualität sich in richterliche Funktionen umwandelte, fing man an, den Geschwornen eine Rechtsbelehrung zu geben, an die sie gebunden waren, während sie die rein tatsächlichen Momente frei würdigen konnten.

Bei der Einführung der Schwurgerichte in Frankreich ging die Anschauung der revolutionären Gesetzgebung gleichfalls dahin, dass den Geschwornen die Lösung der Tatfrage, den Richtern diejenige der Rechtsfrage zustehe.[14]) Allein zum gesetzlichen Ausdruck ist diese Anschauung in der Formulierung des Art. 337 code d'instr. crim. nicht gelangt und die französischen Autoren sind sich bis heute über die Auslegung dieses Artikels nicht einig.

Das alte bernische Strafverfahren hat in Art. 427 schärfer als der französische Code zum Ausdruck gebracht, dass die Geschwornen die volle Schuldfrage zu lösen haben, indem die Frage dahin geht, ob der Angeklagte schuldig sei, die inkriminierte „strafbare" Handlung verübt zu haben. Die Judikatur erachtet es sogar für nicht unbedingt nötig, das Delikt in seine gesetzlichen Merkmale aufzulösen, also so, dass die einzelnen Tatbestandsmerkmale den Geschwornen genannt werden. Sie sah es als genügend an, wenn die strafbare Handlung so umschrieben war, wie es in der Anklageakte geschehen ist.[15])

---

[12]) Schäfer in Schwurger. und Schöffenger. I., 263 ff, Hugo Meyer, Rechts- und Tatfr., S. 2 ff, Bar, Recht und Beweis, S. 5 ff.

[13]) Hugo Meyer, S. 5 ff.

[14]) Hugo Meyer, S. 48 ff, 65 ff.

[15]) Z. bern. J. V. 35, S. 150.

Von den zwei Gerichten, die sich in der Urteilsaufgabe teilten, musste das Geschwornengericht erst von Fall zu Fall gebildet werden. Die Aufgabe wurde von der dreigliedrigen Kriminalkammer unter Mitwirkung der Parteien vollzogen, und zwar in der öffentlichen Sitzung, nicht wie nach dem französischen Verfahren vor Beginn der Sitzung. Sie war ein Bestandteil der Verhandlung und bestand darin, dass aus der Sessionsliste der Geschwornen die Spruchliste gebildet wurde. Der Vorgang war im wesentlichen dem Genfer Gesetz vom 12. Januar 1844 (Art. 33—39) nachgebildet.

Die Anzahl der anwesenden Geschwornen musste nach Art. 383 a. StV mindestens 30 (seit der GO von 1909 nur noch 24) betragen. Es wurde zunächst zur Bildung des Geschwornengerichtes für den schwersten Fall geschritten, indem die Namen der Geschwornen, einer nach dem anderen, aus einer Urne herausgelost wurden (Art. 385). Der Angeklagte und sein Verteidiger konnten zuerst, der Staatsanwalt nach ihnen, das Rekusationsrecht ohne Nennung von Gründen geltend machen (Art. 386). Das Geschwornengericht war gebildet, sobald die Namen von 14 nicht verworfenen Geschwornen aus der Urne gezogen, oder nur noch soviel in der Urne verblieben sind, um mit den nicht rekusierten diese Zahl zu bilden (Art. 387 und XI 198).

Diesen Bestimmungen gemäss war es einer Partei möglich, die andere an der Geltendmachung eines Verwerfungsrechtes dadurch zu hindern, dass sie vorweg soviele verwarf, dass eine weitere Verwerfung nicht mehr zulässig war.[16])

Das für den schwersten Fall gebildete Geschwornengericht urteilte, wenn es von den Parteien angenommen wurde, auch in den anderen Fällen (Art. 391). Es folgte die Beeidigung (Art. 396) und die Wahl des Vorstehers (Art. 398).

b) Der Gang der Verhandlung.

Der Assisenpräsident handhabt nicht nur die Sitzungspolizei, sondern verfügt über eine ausgedehnte diskretionäre Gewalt,

---

[16]) Vgl. hingegen Art. 116 BG betr. Org. d. Bundesrechtpflege und § 212 Reichsstrafpr. Es wurde nur der zweite Teil des Art. 37 aus dem Genfer Gesetz adaptiert.

wie sie das französische Verfahren auch kennt (Art. 268, 269 c. i. cr.). Er konnte selbständig Beweismittel herbeischaffen und aus eigener Machtvollkommenheit jede ihm zur Entdekkung der Wahrheit zweckdienlich erscheinende Massregel anordnen (Art. 414, 415). Für den Angeklagten und die Zivilpartei galt hingegen die (in der Ausgabe vom 2. März 1850 Art. 294 nicht vorgesehene) Einschränkungsbefugnis, dass vom Assisenpräsidenten nicht angenommene Zeugen nur gegen Kostenvorschuss geladen werden konnten (Art. 291, 295).[17])

Vor- und Zwischenfragen, sowie alle streitigen Punkte wurden vom Assisenhof entschieden (Art. 404, 422, 433),[18]) gerichtsablehnende Einreden wurden nicht zugelassen (Art. 405). Die eigentliche Verhandlung in der Hauptsache begann hierauf mit der Verlesung des Ueberweisungsbeschlusses und der Anklageakte (Art. 411). Darauf hörte der Präsident den Angeklagten, die Zeugen, den Anzeiger und die Zivilpartei ab (Art. 417), wobei sich die Geschwornen (Art. 418), die Zivilpartei, der Angeschuldigte und die Staatsanwaltschaft durch Fragen beteiligen konnten (Art. 324),[19]) Ueberdies konnte nach jeder Aussage der Angeklagte das Wort verlangen (Art. 325). Zwischenfragen wurden vom Assisenhof sofort entschieden (Art. 422).

Nach Schluss des Beweisverfahrens folgten die Plaidoyers (Vorträge), bei welchen zuerst die Zivilpartei oder ihr Anwalt und die Staatsanwaltschaft, sodann der Angeklagte und sein Anwalt, sowie die für die Zivilfolgen verantwortliche Partei, gehört wurden. Replizierte die Zivilpartei oder die Staatsanwaltschaft, so kam dem Angeklagten oder seinem Anwalt stets das letzte Wort zu (Art. 424). Dem Staatsanwalt allein war das Recht vorbehalten, in den Schlussvorträgen „neue Anträge", allerdings im Rahmen der Anklage, zu stellen (Art. 242), somit auch das Recht der Anklageänderung.

---

[17]) Die Bestimmung wurde erst 1853 nach Analogie des Bundesstrafprozesses, Art. 49, al. 8, aufgenommen.

[18]) M III 277.

[19]) Im Gegensatz zum franz. Verfahren durften die Aussagen von Zeugen, welche nicht haben erscheinen können, unter bestimmten Voraussetzungen verlesen werden (Art. 421).

Im Gegensatz zum code d'instruction crim. (bis 1881) war ein Resumé dem Präsidenten untersagt. Er hatte sich darauf zu beschränken, den Geschwornen ihre Obliegenheiten ins Gedächtnis zu rufen und die Fragen an die Geschworenen zu stellen (Art. 426).[20])

Die gesetzlich formalisierte Fragestellung ist eine spezifisch schwurgerichtliche Einrichtung. Sie verfolgt einen dreifachen Zweck:[21]) Mittel und Unterlage zu sein für einen rationellen Wahrspruch, den Parteien unter Kontrolle der Oeffentlichkeit einen massgebenden Einfluss auf die Formulierung einzuräumen, dem Revisionsbericht eine rechtliche Nachprüfung der Unterlagen des Wahrspruches zu ermöglichen.

Die Hauptfrage ging auf die Schuld des Angeklagten an der in der Anklageakte angeführten Handlung (Art. 427). Eine zweite Frage ging auf das Vorliegen erschwerender Umstände, wenn solche in der Anklageakte nicht berücksichtigt wurden (Art. 428), eine dritte auf einen vorgebrachten gesetzlichen Entschuldigungsgrund (Art. 429), eine vierte auf die Zurechnungsfähigkeit bei einem Alter des Angeklagten unter 16 Jahren (Art. 430), eine fünfte schliesslich auf mildernde Umstände (Art. 431).

Eine subsidiäre Frage auf Teilnahme oder Versuch kannte Bern nicht. Charakteristisch war hingegen die Befugnis des Präsidenten nicht nur auf Verlangen der Staatsanwaltschaft oder des Angeklagten, sondern auch von Amtes wegen neue Fragen zu stellen, wenn aus den Verhandlungen hervorgeht, dass sich der Angeklagte vielleicht ein anderes, als das in der Anklage erwähnte Vergehen hat zuschulden kommen lassen (Art. 432).

Schon die Stellung der Frage auf erschwerende Umstände bedeutet bei den prekären Rechten der Verteidigung einen Einbruch in das Anklageprinzip. Um so stärker war dieser Einbruch durch das souveräne Recht des Präsidenten, die Geschwornen durch entsprechende Fragestellung von Amtes we-

---

[20]) Die Fragestellung setzt das deutsche Str. V. vor die Parteivorträge (§§ 290/299), was uns zweckmässiger erscheint, weil dadurch in die Parteivorträge eine grössere Sicherheit kommt.

[21]) Vgl. insb. Kahl a. a. O., S. 17.

gen[22]) über ein in der Anklageakte nicht genanntes Delikt urteilen zu lassen (Art. 432).

Die Instruktion an die Geschworenen (Art. 436) hebt ausdrücklich ihr Recht der freien Beweiswürdigung herhervor: Das Gesetz „schreibt ihnen keine Regeln vor, nach welchen sie einen Beweis für vollständig und hinlänglich annehmen sollen," es richtet an sie lediglich die Frage, ob sie die „innige Ueberzeugung" der Schuld des Angeklagten haben.

Diese Beseitigung der Beweistheorie zugunsten der freien Beweiswürdigung in den schwersten Straffällen war durch die Eigenart des Geschworenengerichtes gefordert, während die ständigen Richter über leichtere Straffälle nach der Beweistheorie zu urteilen verhalten waren (Art. 363).

c) Die Urteilsfällung.

Nach dem das Schwurgericht beherrschenden Prinzip Geschworne: Schuldfrage, Richter: Straffrage — wurde die Urteilsaufgabe geteilt. Die Geschwornen zogen sich mit den schriftlichen Fragen unter Mitnahme der Prozessakten (mit Ausnahme der geschriebenen Zeugenaussagen, Klagen, Anzeigen) zur geheimen Beratung zurück (Art. 434, 435). Sie blieben bis zum Wahrspruch unter strenger Klausur (Art. 437).

Für die Geschworenenberatung und Abstimmung schrieben zwar Art. 438 und 439 vor, dass sie der Reihenfolge der Fragen zu folgen hatte und dass Stimmenmehrheit entscheide,[23]) allein in Ermangelung eines Protokolls blieben Beratung und Abstimmung im Dunkeln. Da auch keine Begründung des Verdiktes gefordert war, sah es einem Orakelspruch nicht unähnlich. Im verurteilenden Verdikt brauchte weder das Stimmenverhältnis angegeben, noch überhaupt bemerkt zu werden, dass die Verurteilung mit Mehrheit stattgefunden habe.[24])

Ein Moniturverfahren bei unvollständigem Verdikt war dem bernischen Gesetz (im Gegensatz zum Genfer und Freiburger) unbekannt, wurde praktisch aber angewendet. Auch kannte das Gesetz keine Nebenberatung durch dieselbe Jury infolge eines

---

[22]) Vgl. Bundesstrafprozess, Art. 100.

[23]) Bei gleichgeteilten Stimmen galt die dem Angeklagten günstigere Ansicht (Art. 439).

[24]) M IX 160.

illegalen oder kontradiktorischen Wahrspruches. Nur bei einstimmiger Ueberzeugung der drei Assisenrichter, dass die Geschworenen mit ihrem Verdikt sich bei Schuldigerklärung im Irrtum befinden, durfte eine Verweisung des Falles an eine neue Jury für die nächste Session erfolgen (Art. 442).

Dem Wahrspruch musste, selbst wenn er auf Nichtschuldig lautete, noch eine Straffreisprechung durch den Präsidenten folgen (Art. 443). Der bernische Strafprozess hat damit die Klag- und Straffreisprechung des französischen Code (Art. 338, 364) adaptiert.[25]) Lautete der Wahrspruch auf Schuldig, so erhielten der Staatsanwalt, die Zivilpartei und der Angeklagte noch das Wort zu der Straffrage (Art. 444, 445). Daraufhin fällte das Richterkollegium das Urteil, das auf Befreiung von der Strafe lauten konnte, wenn die begangene Tat durch kein Strafgesetz verboten war (Art. 446), sonst aber die gesetzliche Strafe aussprach, selbst in dem Falle, wo sie nach dem Wahrspruch der Geschworenen nicht mehr in die Zuständigkeit der Assisen fallen würde (Art. 447).

Merkwürdigerweise wurde auch das Kontumazialverfahren der Jury unterstellt (Art. 403), was mit dem Wesen der Jury in Widerspruch steht, und weder vom französischen Code (Art. 470) noch von den anderen Jury-Kantonen, bezw. dem Bundesstrafprozess (Art. 133) vorgesehen wurde.

Der Adhäsionsprozess wich nur unerheblich von der privilegierten Stellung der Zivilpartei des französischen Verfahrens ab.[26]) Die Einzelheiten erhellen aus der Gesamtdarstellung. Besonders hervorzuheben ist noch die nach Art. 365 zulässige Verweisung der Zivilpartei vor den Zivilrichter zur Bestimmung des Masses der Entschädigung, wodurch ein weiterer (zweiter) Zivilprozess entstehen konnte.

4. Das Rechtsmittelverfahren.

Der Wegfall der Begründung des Wahrspruches macht eine Ueberprüfung im Wege einer Appellation unmöglich. Es bleibt nur die Nichtigkeitsklage („Kassationsgesuch") übrig

---

[25]) Vogt, Z. f. vaterl. R., 15, S. 321 ff.

[26] Stoos, in Z. f. Schw. Strafr. 3, S. 22 ff., Schorer, Z. bern. J. V. 38, 223.

(Art. 479 ff) und diese ermöglicht dem Appellations- und Kassationshof (Art. 491) lediglich eine rein formalistische Rechtsprechung.

Die mit Suspensiv- und Devolutiveffekt ausgestattete kurzfristige (drei Tage) Kassationsbeschwerde war sowohl gegen verurteilende als auch gegen freisprechende Endurteile des Assisengerichtes zulässig. Die Kassationsgründe waren nach französischem System in kasuistischer Weise aufgezählt.[27]) Dem Verurteilten und der Staatsanwaltschaft standen als Kassationsgründe zu: 1. Beteiligung einer unfähigen Gerichtsperson, 2. Verletzung durch Vor- oder Zwischenentscheide während der Verhandlungen, 3. Verletzung wesentlicher Prozessformen nach Schluss der Verhandlungen, 4. falsche Anwendung des Straf- oder 5. des Zivilgesetzes (Art. 479).

Der Zivilpartei stand für ihre Interessen die Kassationsbeschwerde im 2. und 5. Falle zu (Art. 480). Nova waren nur zulässig, wenn es sich um Tatsachen handelte, die erst nach Eröffnung des Urteils vorgefallen sind (Art. 485).

Das Kassationsurteil lautete bei Zutreffen des 2. und 3. Kassationsgrundes auf Rückweisung vor die Assisen desselben Bezirkes, bei Zutreffen des 4. und 5. Kassationsgrundes fällte der Kassationshof selber das Endurteil nach Massgabe des Verdiktes. Für den Fall des Zutreffens des ersten Kassationsgrundes enthielt der Strafprozess keine Norm, ebensowenig für einen anhängig gemachten zweiten Kassationsrekurs desselben Straffalles.

Ausser der Kassation war noch die Revision (Wiederaufnahme) ob crimina et ob nova zugelassen, und zwar sowohl für den Verurteilten, bezw. seinen überlebenden Ehegatten, Kinder, Verwandte und Erben, als auch für die Staatsanwaltschaft und die Zivilpartei für ihre Zivilinteressen (Art. 502 ff).

Gegen Kontumazurteile war zugunsten des Angeklagten und der Zivilpartei die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Nachweis der Unmöglichkeit des Erscheinens vorgesehen (Art. 493 ff). Die Frage, ob das Wiedereinsetzungsgesuch von der Kriminalkammer oder von der Jury zu beurteilen sei, liess das Gesetz unbeantwortet. Rehabilitation und Begnadigung wurden gleichfalls durch den Strafprozess normiert (Art. 506 ff, 557 ff).

---

[27]) Vgl. dagegen §§ 374 ff. des deutschen RStr. PrO.

III. Kritische Betrachtungen

1. Die Bewertung des Geschwornengerichtes.

Der Streit um Wert und Unwert des Geschwornengerichtes ist fast so alt wie die Institution selber. Er lebt insbesondere bei jeder Gelegenheit neu auf, wo es sich um eine Reform der Strafrechtspflege handelt. Im allgemeinen ist bemerkenswert, dass im Juristenstande die Ablehnung der Geschwornengerichte vorherrscht, während dagegen die öffentliche Meinung der Laien, soweit sie insbesondere in der Presse zum Ausdruck kommt, überwiegend die Beibehaltung der Geschworenengerichte fordert.

Was zunächst die prinzipiellen Fragen betrifft, so wird zur Frage: Rechtsgelehrte oder Laienrichter? folgendes geltend gemacht:

Wo das Strafrecht gesetzlich festgelegt ist, hat der Richter dieses Gesetz anzuwenden. Auch die Geschworenen sind an den Gesetzesinhalt gebunden, und es existiert keine „volkstümliche Auslegung", die sich von diesem Inhalt lösen und doch Anspruch auf Geltung machen dürfte. Der Geschwornenbank kann und will keine gesetzgebende Gewalt übertragen werden.[1]) Oder will man das richterliche Urteil subjektiver Anschauung von Recht und Unrecht entspringen lassen?

Die verbrecherischen Handlungen setzen sich aus lauter Begriffen zusammen, die Rechtsbegriffe sind. Wenn sich auch die Rechtssprache selten solch ausschliesslich technischer Kunstausdrücke bedient, wie sie andere Wissenschaften für sich geprägt haben, so verbindet sie doch mit den Ausdrücken, die der Umgangssprache entnommen sind, einen technisch juristischen Sinn, der dem Laien fremd ist. Was im juristischen Sinne Schuld und Unschuld ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Zurechnungsfähigkeit einer Tat, das liegt für den Laien nicht ohne weiteres zu Tage. Die Rechtsbegriffe sind aber die Elemente, aus denen alles besteht, was rechtlichen Wesens ist.

Man hat die richterliche Aufgabe in zwei Teile zu zerlegen versucht: in die Lösung der sogenannten Tatfrage oder Beweis-

---

[1]) Hye-Glunke, S. 147 ff; Gneist, Vier Fragen, S. 150 ff, Binding, Drei Grundfragen, S. 23 ff.

frage und in die Lösung der sogenannten Rechtsfrage. Zunächst gelte es die nackten Tatsachen festzustellen, ganz ohne Rücksicht auf ihre rechtlichen Eigenschaften, eine Aufgabe, die jeder vernünftig Denkende lösen könne. Ein Ausspruch Napoleons in der Staatsratssitzung vom 6. Februar 1808 lautete „On ne saurait douter qu'un juge, qui aurait le pouvoir de pronocer tout à la fois sur le droit et sur le fait, ne fût trop puissant. Cette réflexion suffit pour séparer les deux ministères. La distinction entre les juges du fait et les juges du droit est au surplus dans la nature des choses."

Diese Theorie ist in Frankreich bis auf den heutigen Tag die herrschende. Es gibt aber in Wirklichkeit keine von der Schuldfrage trennbare Tatfrage, ja keine Tatfrage in diesem herkömmlichen Sinn, obschon namhafte Juristen eine solche anerkennen.[2]) Die Sache liegt nämlich nicht so, dass man einer „nackten Tatsache" eine rechtliche Etikette aufklebt, sondern dass der Rechtsbegriff selbst, wie Binding dies ausdrückt, „aus dem Steinbruch des Rechts gehauen" ist.[3]) Das Recht stellt nämlich selbst fest, was es unter töten, rauben, wegnehmen usw. versteht. Die Feststellung einer nackten Tatsache ist daher an sich von keiner rechtlichen Relevanz. Ist die Tatsache aber eine rechtlich relevante, so ist sie eben keine nackte Tatsache, sonsondern ein verwirklichter Rechtsbegriff.[4])

Somit bedarf es zur Beantwortung der sogenannten Beweisfrage rechtlicher Kenntnisse, ja selbst zur Entscheidung darüber, ob eine rechtlich relevante Tatsache bewiesen, d. h. zur historischen Gewissheit erhoben worden, ist eine Reihe von Rechtskenntnissen nötig. Nun kommt aber die weitere Aufgabe hinzu, den Rechtssatz zu suchen, welcher eine Handlung wie die festgestellte mit Strafe bedroht oder für straflos erklärt. Die Vergleichung des gefundenen Tatbestandes mit den Tatbeständen der Strafgesetze ist eine ausgesprochene juristische Aufgabe,

---

[2]) Glaser, Fragestellung, S. 24 ff; Heinze, Ein deutsches Geschworenengericht, S. 63, 97, 163, 176, selbst Hugo Meyer, der sehr tief in diese Materie eingedrungen ist (Frage des Schöffengerichtes, S. 24 ff).

[3]) Binding, a. a. O., S. 36.

[4]) Kahl in Schwur- und Schöffenger. I 12: „Das Strafrecht kennt keine nackten Tatsachen, sondern nur rechtserhebliche Tatsachen."

die um so weniger leicht zu nehmen ist, als sie vom Richter die Kenntnisse sämtlicher Strafgesetze mit allen Straf- und Schuldausschliessungsgründen verlangt.

Diese Argumente sind an sich kaum widerlegbar. Nichtsdesto weniger geht man zu weit, wenn man auf sie gestützt, das Laienelement als absolut untauglich von der Rechtssprechung gänzlich eliminieren zu müssen glaubt.[5]) Wir brauchen im Kanton Bern nicht weit zu suchen, um die Bestätigung hiefür zu finden, dass sich das Laienelement in der Gerichtsbarkeit durchaus bewährt hat.[6]) Unsere Amtsgerichte sind von einem Juristen präsidiert, das Laienelement, bestehend aus vier Amtsrichtern aus allen Volkskreisen, hat aber in ihnen die numerische Ueberlegenheit. Diese Mischung hat sich trefflich bewährt und funktioniert seit bald einem Jahrhundert mit dem grössten Zutrauen von seiten des Volkes, sowohl wie von seiten der Juristen. Das gleiche gilt von den Gewerbegerichten, dem Handelsgericht, dem Verwaltungsgericht.

Die Mitwirkung von Personen, die mit dem täglichen Leben in unmittelbarer Berührung stehen, und deren Blick nicht durch Routine und abgeschliffene Begriffstechnik beeinflusst ist, beugt der Gefahr des Formalismus vor und bringt unzweifelhaft ein Element der Frische und Unmittelbarkeit in die Rechtssprechung. Werden diese Laien unter die sachkundige Leitung eines erfahrenen Berufsrichters gestellt, so wird der Ausgleich leicht wieder hergestellt, der notwendig ist, um die rechtlichen Gesichtspunkte zur Geltung zu bringen. Der meist einzige Jurist in den genannten bernischen Richterkollegien gilt nur so viel, als seine Argumente wert sind, und doch genügt sein Einfluss, um den Urteilen in der Regel auch vor Recht und Gesetz Bestand zu sichern.

Auch die deutsche Kommission zur Reform des Strafprozesses hebt hervor, dass stets bei der gemeinschaftlichen Beratung in den Schöffengerichten alle für die Beurteilung des

---

[5]) Bindings Erwartungen und Voraussetzungen in dieser Richtung (vgl. Grundfragen, S. 44 ff) haben sich in keiner Weise erfüllt.

[6]) Auch in Deutschland lauten die Urteile über die Schöffengerichte durchwegs günstig, vgl. die Denkschr. d. preuss. Justizmin. über die Schöffengerichte v. 1873, S. 25/26, sowie die Protokolle der Kommiss. für die Reform d. deutschen Strafpr. (1905), Bd. 1, 389 ff.

Falles wesentlichen Momente in einer für die gegenseitige Klärung förderlichen und erschöpfenden Weise zur Erörterung gelangt seien, dass fast ausnahmslos eine völlige Verständigung zwischen den Auffassungen der Juristen und der Laien erzielt, und dass endlich die Selbständigkeit der Laien nicht unterdrückt worden sei, ihre Ansichten vielmehr klärend auf den Berufsrichter eingewirkt hätten.[7])

In einem Lande, in dem seit Generationen der grösste Teil der ständigen Richter Laien sind, werden die Argumente, die auf Ausschluss des Laienelementes von der Rechtssprechung zielen, keinen Boden finden. Die unmittelbare Mitwirkung des bernischen Volkes bei der Gesetzgebung (obligatorisches Gesetzesreferendum) ist übrigens dazu angetan, den Laien auch dem Verständnis für das Juristische näher zu bringen, das für ihn kein Buch mit sieben Siegeln ist.

Schwerwiegender ist der Einwand, dass im Gegensatz zum ständigen Schöffen, der sich mit der Zeit eine gewisse richterliche Erfahrung aneignen kann, der Geschworene nur von Fall zu Fall zu gerichtlichen Funktionen beigezogen wird. Es kommt hinzu, dass er im Gegensatz zum Schöffen die Schuldfrage selbständig zu entscheiden hat, da das Geschwornengericht in zwei getrennte Organe geteilt ist, von denen jedes einen vom anderen unbeeinflussten Urteilsspruch zu fällen hat.

Die Frage der Teilbarkeit der richterlichen Aufgabe gehört zu den prinzipiellen Fragen, mit deren Bejahung oder Verneinung dem Geschwornengericht im hergebrachten Sinne nach französischem Vorbild als solchem das Urteil gesprochen wird. Der Grundgedanke der französischen Schwurgerichte ist der, dass die Assisen die Schuldfrage zu beantworten, das Gerichtskollegium hingegen die rechtlichen Folgen der Beantwortung der Schuldfrage festzustellen habe.

Wir haben bereits erwähnt (II. 3.), dass die Schuldfrage die Feststellung dessen enthält, was der Angeklagte im Rechtssinne getan hat, sowie die Subsumtion dieser bewiesenen Tat unter das Gesetz. Es könnte nun scheinen, dass wenn beides, Obersatz und Untersatz feststehen, der Schlussatz sich ohne weiteres von selbst ergebe und gar keine neue Wahrheit enthalte.

---

[7]) Prot. I 387/88.

Dies wäre aber in Wirklichkeit nur dann der Fall, wenn unsere Strafgesetze lauter absolute Strafsätze enthielten.

Das stimmt aber nur in einer verschwindend kleinen Anzahl von Fällen. Regel ist die relative Strafdrohung. Der Gesetzgeber stellt dem Richter entweder verschiedene Strafarten oder verschiedene Strafäquivalente derselben Strafart oder beides zur Wahl. Darüber aber, welche Strafe aus diesen Strafgrössen zu wählen sei, gibt das Verdikt dem Richter keinen Aufschluss. Es stellt nur fest, dass der Angeklagte eines bestimmten Verbrechens schuldig sei und verweist damit den Richter auf eine bestimmte Strafdrohung des Gesetzes, die vielleicht mehrere tausend Strafgrössen in sich fasst,[8]) ohne ihm gleichzeitig für die Zumessung der notwendigen Anhaltspunkte zu geben.

Die Strafzumessungsgründe liegen nämlich in bestimmten Eigenschaften der Handlung und des Täters, die die Jury mit ihrem „Schuldig" nicht näher bezeichnet, obschon sie sich in den meisten Fällen über die wichtigsten Straferhöhungs- und Strafmilderungsgründe eine bestimmte Ansicht gebildet haben wird. Die Strafzumessungsgründe muss das Richterkollegium selber für sich festzustellen suchen, d. h. also: es muss den unbeantwortet gebliebenen Rest der Schuldfrage nachholen.[9])

Umgekehrt nimmt aber die Jury in Wirklichkeit teil an der Beantwortung der Straffrage, die angeblich ganz dem Gerichtshofe vorbehalten ist. Indem nämlich die Jury gewisse, eine Straftat besonders qualifizierende Momente feststellt oder ablehnt (z. B. Vorbedacht beim Tötungsdelikt, Art. 123 StG, Gewerbsmässigkeit bei Abtreibungshandlungen, Art. 135) beeinflusst sie entscheidend die richterliche Strafzumessung, wirkt also bei dieser unzweifelhaft mit.[10]) Es ist mithin unrichtig, anzunehmen, dass die Assisen ausschliesslich die Schuldfrage beurteilen.

Durch diesen Dualismus zweier gleich souveräner Gerichtsorgane wird aber der Spruch über Schuld und Strafe um so eher

---

[8]) So wird z. B. Landesverrat mit Zuchthaus bis zu zwanzig Jahren bestraft (Art. 67 StG). Die Zuchthausstrafe dauert mindestens ein und höchstens 20 Jahre (Art. 10 StG). Die Zahl der möglichen Strafgrössen beträgt somit $19 \times 365 = 7035$, ohne die Schalttage.

[9]) Binding, a. a. O., S. 65 ff.

[10]) Binding, a. a. O., S. 68.

zu einem zwiespältigen und daher ungerechten, als kein Verständigungsmittel zwischen den beiden Organen prozessualisch gegeben ist, um Widersprüche zwischen ihren Urteilen zu lösen.

Diesem Dualismus sind die meisten Entgleisungen der Schwurgerichtsurteile vorwiegend zuzuschreiben. Aus der bernischen Jurypraxis seien folgende Beispiele angeführt:[11])

Ein Schnapser hatte mit einer unter sein Bett gelegten Dynamitpatrone seinem Leben ein Ende machen wollen. Die Explosion wirkte aber nur nach unten und demolierte einen Zimmerboden. Wegen Widerhandlung gegen das Sprengstoffgesetz angeklagt und geständig, wurde er trotzdem freigesprochen. Dies hauptsächlich wegen des sehr hohen Strafminimums von 10 Jahren Zuchthaus. Nachher machten die Geschwornen dem Staatsanwalt Vorwürfe, weil man den von ihnen Freigesprochenen auf freien Fuss gesetzt hatte.

Die Versuche der Jury, die oft hohen Strafminima bei gewissen Verbrechen zu umgehen, führten überhaupt zu einer erheblichen Anzahl von Fehlsprüchen.

Von 30 unglücklichen Frauen, die des Verbrechens gegen das keimende Leben angeklagt waren, wurden alle mitsamt den Mithelfern (den sogenannten Engelmachern) freigesprochen, weil das Strafminimum ein Jahr Zuchthaus beträgt (Art. 10 und 135 StG). Eine gewerbsmässige Abtreiberin wurde trotz umfassenden Geständnisses mitsamt der mitschuldigen und gleichfalls geständigen Kindsmutter freigesprochen, hingegen dieselbe Abtreiberin in einem späteren Falle verurteilt, wo sogar der Staatsanwalt mangels Schuldbeweises die Anklage hat fallen lassen, weil die Kindsmutter in diesem Falle gestorben war.

Bei einem Einbruchsdiebstahl, bei welchem eine Hundertfrankennote, eine Uhr und Schmucksachen (Gesamtwert zirka Fr. 160.—) entwendet wurden, verneinten die Geschwornen die strafabgrenzende Wertfrage und nahmen willkürlich an, der Gesamtwert des Gestohlenen übersteige nicht Fr. 100.—, weil sie den Täter nicht ins Zuchthaus liefern wollten. Zur Erklärung redet sich der Obmann heraus, eine Hunderfrankennote repräsentiere eigentlich, weil sie kein Währungsgeld sei, nur den Preis des Papiers und der Druckkosten, etwa 10 Rap-

---

[11]) Nach Rollier a. a. O., S. 24 ff.

pen. Auf die Zumutung hin, für ein 5 Rappenstück eine Fünfzigernote herzugeben, machte er allerdings ein verdutztes Gesicht.

Das unbegreifliche Urteil im Conradiprozess und der Fall Käser-Teuscher sind noch in aller Erinnerung. Im letzteren Straffalle haben die Geschwornen (laut ihrer eigenen öffentlichen Erklärung) die Angeklagte freigesprochen, weil sie fanden, sie habe durch Untersuchungshaft die Tat bereits genügend gebüsst.

Aus diesen Beispielen geht zur Genüge hervor, dass das willkürliche Bestreben der Geschwornen auch die Straffrage durch ihren Entscheid mittelbar zu beeinflussen, zu Fehlurteilen führt. Die Geschwornen, die sich als Richter auch für die Art der Strafbemessung verantwortlich fühlen, können sich mit der Halbheit offenbar nicht befreunden, sich an der Entscheidung der Schuldfrage genügen zu lassen. Das an sich richtige Gefühl, dass ihre Richterwürde und ihr Richtergewissen durch eine derartige unnatürliche Halbierung der Urteilsaufgabe verletzt wird, zwingt sie über das ihnen zugemessene Ziel zu schiessen, was sich dann in rechtlich und logisch unbegreiflichen Entscheiden auswirkt.

Würden juristische Gesichtspunkte allein für die Bewertung des Geschwornengerichtes ausschlaggebend sein, so müsste es an dem geschilderten Dualismus zerschellen. Denn ein Gericht, von dem zum voraus festeht, dass seine Doppelspurigkeit ein gerechtes Urteil erschwert, trägt den Todeskeim in sich.

Allein schon aus den bisherigen Ausführungen dürfte zur Genüge erhellen, dass auf dem Kontinent sowohl bei der Einführung als auch beim ganzen Werdegang dieses Institutes nicht juristische, sondern politische Gesichtspunkte ausschlaggebend waren. Auch im Kanton Bern war dies, wie bereits geschildert wurde (I. 2.), der Fall. Es lässt sich hier überdies unschwer feststellen, dass das Laienrichtertum auf keinem Gebiete der Rechtspflege so populär geworden ist, wie auf demjenigen der Schwurgerichte. Das Institut hat wegen seiner Allgemeinheit in den breitesten Schichten der Bevölkerung Wurzel gefasst, da Angehörige nahezu aller Stände zu Geschwornen berufen werden, die Presse über die Assisenverhandlungen spaltenlang berichtet, und die Assisenfälle weit und breit von sich reden machen. Im Geschwornen sieht das Volk den eigentlichen Volksrichter.

Als daher die Revisionsbedürftigkeit des veralteten Strafverfahrens mehr und mehr zu einer Prozessreform drängte, konnte von einer Abschaffung des Geschworneninstitutes keine Rede sein. Es blieb lediglich die Frage zu beantworten, wie die eklatantesten Mängel dieses Institutes beseitigt werden könnten.

2. Die Frage der Reform des Geschwornengerichtes.

An Versuchen, die dem Geschworeneninstitut anhaftenden Mängel zu heben, hat es bei der überreichen Beschäftigung der Literatur mit den diese Einrichtung betreffenden Fragen naturgemäss nicht gefehlt.

Nahezu alle Vorschläge in dieser Richtung gehen davon aus, das Wesen des Geschwornengerichtes bestehe darin, dass die Geschwornen allein über die Schuldfrage zu entscheiden haben. Ohne an diesem Satz zu rütteln, wird versucht, Korrektive aller Art gegen die daraus resultierenden Unzukömmlichkeiten zu schaffen. Wir beschränken uns hier nur auf die wesentlichsten Vorschläge dieser Art, um Weiterungen zu vermeiden, die mit der Reform des bernischen Geschwornenwesens in keinem organischen Zusammenhange stehen.

Zur Schuldfrage gehört, wie bereits angeführt wurde, die Beweisfrage und die Subsumtion. Damit die Geschwornen die Beweisfrage besser lösen können, wurde vorgeschlagen, sie zu einer aktuelleren Beteiligung an der Beweiserhebung selbst heranzuziehen.[12]) Das Recht der Geschwornen zu Einzelfragen an Zeugen und Sachverständige mit Erlaubnis des Vorsitzenden genüge nicht. Sie sollen selbständige Beweisanordnungen treffen, Ergänzungen verlangen dürfen. Es soll zu diesem Zwecke die Möglichkeit gemeinsamer Beratung der Geschwornen schon vor dem Wahrspruch geschaffen werden. Nach Abschluss der Beweisaufnahme sollen sich die Geschwornen in jedem Falle zurückziehen, um über etwaige Beweisergänzungsanträge zu beraten.

Was die Subsumtion anbelangt, so wird gefordert, den Geschwornen eine direkte gesetzliche Anweisung zu geben,

---

[12]) Oetker Ger., S. 65, S. 333 ff, 68, S. 103 ff, Hdb., S. 105 f; Weingart S. 446 f; v. Liszt S 18, Mittermaier S. 16, Kahl, Schwur- und Schöffenger. S. 13 ff.

dass sie nach rechtlichen Gesichtspunkten, nicht nach Sentiments zu urteilen haben und diese Pflicht dem Gelöbnis zu unterstellen.[13]) Ferner sei die Fragestellung zu verbessern.[14]) Die Fragen haben nämlich u. a. die Bestimmung, dem unerfahrenen Laienrichter die sichere Rechtsfindung zu erleichtern.

Nach deutschem Recht war ohnehin schon jeder Geschworne befugt, auf Mängel in der Fragestellung aufmerksam zu machen, sowie auf Abänderung und Ergänzung der Fragen anzutragen (§ 291 StPO). Aber das war nur reines Individualrecht und genügte darum nicht, da sich der einzelne nicht getraute, davon Gebrauch zu machen aus Furcht, den Kürzeren zu ziehen. Darum wurde vorgeschlagen, jedem Geschwornen das Frageschema an Hand zu geben und die Geschwornen vor der endgültigen Feststellung sich zur Beratung zurückziehen zu lassen.

Ferner wurde vorgeschlagen, die Schuldfrage solle sowohl die gesetzlichen Merkmale, als auch die sie bildenden Tatsachen enthalten· letztere könnten an die ersteren durch einen etwa mit „dadurch dass" beginnenden Nachsatz angeknüpft werden. Ein geeignetes Mittel wurde auch in den durch die österreichische StPO von 1873 (§ 323) eingeführten Zusatzfragen erblickt. Es sind das nicht die Hilfsfragen des deutschen Rechts, welche lediglich eine vom Eröffnungsbeschluss abweichende Beurteilung der Tat in Betracht ziehen, auch nicht die Nebenfragen des alten bernischen Strafverfahrens über erschwerende oder mildernde Umstände Entschuldigungsgründe, Zurechenbarkeit (Art. 428 bis 431), sondern zu dem Zwecke gestellt, um ein in die Frage aufgenommenes gesetzliches Merkmal auf das ihm entsprechende tatsächliche Verhältnis zurückzuführen.

War also Streit oder Zweifel entstanden über die Subsumtionsfähigkeit von Tatsachen, so brachte die Zusatzfrage zur Entscheidung, in welchen Tatsachen die gesetzlichen Merkmale gefunden oder nicht gefunden worden sind. Die Methode sollte somit einen Teil der Entscheidungsgründe offenlegen.

Als ergänzenswert wurde ferner empfohlen, den Geschwornen das Recht einzuräumen, auch ausserhalb der Fragestellung

---

[13]) Kahl a. a. O. S. 14/15.

[14]) Goldschmidt in deutsch Z. 1902 S. 72 ff, Heinze Ger S. 89 f, Hugo Meyer (Holzendorffs Hdb.) 2 S. 127 ff, Oetker Ger S 64 S. 55 ff.

selbständige Erklärungen abzugeben, z. B. dann, wenn es ihnen selbst mit Hilfe von Zusatzfragen unmöglich wäre, einen ihrer vollkommenen Rechtsüberzeugung entsprechenden Wahrspruch zu fassen.[15])

Zu diesen an sich bemerkenswerten Vorschlägen ist zu sagen, dass die Beteiligung der Geschwornen an der Beweiserhebung nicht nur durch selbständige Anträge, sondern auch durch selbständige Beratung dem Hauptverfahren eine kaum vorauszusehende Ausdehnung geben müsste, zum Schaden für die Unmittelbarkeit und Konzentration der Verhandlung. Es kommt hinzu, das auch die mitleitende Teilnahme am Beweisverfahren durch die Fassung von Beweisbeschlüssen usw. Rechtskenntnisse verlangt, die den Geschwornen abgehen.

Eine Verbesserung der Fragestellung ist sicherlich möglich und vorteilhaft. Allein durch jede Art von Fragestellung, wenn sie fest und unabänderlich formuliert ist, wie die gesetzlichen Geschwornenfragen, werden die Geschwornen in der Beurteilung der Schuldfragen beschränkt. Negativ ist mit der Bindung an die Fragen gesagt, dass die Tat unter einen andern strafrechtlichen Gesichtspunkt, als den im Fragebogen enthaltenen, nicht falle. So kann es kommen, dass die Geschworenen den Angeklagten für schuldig halten, aber doch freisprechen, weil ihre Beurteilung der Tat durch die Frage nicht gedeckt ist. Die Gesamtheit der für die Schuldfrage in Betracht kommenden Möglichkeiten lässt sich überhaupt in Frage und Antwort nicht erschöpfen.[16]) Jede Reform in dieser Hinsicht bleibt daher letzten Endes Stückwerk.

Auch für die Beratungen der Geschworenen sind mannigfache Reformvorschläge gemacht worden. Um die Unerfahrenheit der Geschworenen in Rechtsfragen zu ergänzen, schlug man vor, elf Laienrichter und einen ausgelosten Berufsrichter mit vollen Rechten und Pflichten eines Geschwornen am Schuld-

---

[15]) Ein Vorschlag, der an das englische Spezialverdikt anknüpft, in welchem die Geschworenen das an Stelle des Inhalts der Anklageschrift ihnen bewiesen erschienene Tatsachenmaterial angeben und die weitere Rechtsentscheidung den Richtern anheimstellen können.

[16]) Beratungen der Deutschen Kommission zur Reform der StPO Bd. I (1904) S. 393 ff.

spruch teilnehmen zu lassen.[17]) Genf hat sich den Gedanken der Mitwirkung eines Berufsrichters zu eigen gemacht und schreibt in der am 1. Januar 1891 in Kraft getretenen Strafprozessnovelle vom 1. Oktober 1890 vor: „le président assiste à la délibération du Jury concernant la culpabilité".[18])

Eine Art Leitung und Klärung der Beratung durch einen erfahrenen Berufsrichter ist sicherlich zu begrüssen, allein Mitberatung müsste auch Mitentscheidung sein, da unverantwortliche Ratgeber am allerwenigsten in einem Geschwornenberatungszimmer am Platze sind.

Den ersten Schritt zur durchgreifenden Lösung der Frage durch Beseitigung des Dualismus in der Urteilsfällung hat der Tessin gemacht.

Es geschah dies durch die Verfassungsreform von 1883 und 1894, sowie die Ausführungsgesetze vom 4. Mai 1895 (Strafgerichtsverfassung) und vom 3. Mai 1895 (StPO), die am 1. Januar 1896 in Kraft traten.[19]) Darnach urteilten über Verbrechen (crimini) die Assisi cantonali, bestehend aus der Kriminalkammer (3 Richter des Appellhofes) und 9 assessori giurati. Letztere werden für jeden Prozess besonders bestimmt, indem 29 aus der Kantonsliste[20]) ausgelost werden, von welchen jede Partei 9 ablehnen kann. Zwei der übrigen sind Ersatzmänner. Beratung, Beschlussfassung und Urteil erfolgen einheitlich durch den ungeteilten Gerichtshof. Die Institution, die sich bewährt hat,[21]) wird als Schöffengericht betrachtet,[22]) eine Bezeichnung, über die man streiten könnte, da man unter Schöffen im heutigen Sinn des Wortes ständige Laienrichter versteht, die nicht ohne Angabe von Gründen ablehnbar sind.

Dem Tessin wollte der Kanton Zürich folgen. Dort forderte im Jahre 1895 alt Oberrichter Wolf in einer Motion an den Kan-

---

[17]) Oetker Ger S 65 S. 331, 68 S. 96 ff, Handb. S. 22, vgl. ferner Kleinfeller S. 210 Anmerk. 1, Schwörer S. 84 ff, Oppler im Recht 7 s. 141.

[18]) Die Massnahme soll sich bewährt haben, vgl. G. Picot in Schw. Strafrecht, Bd. 6, S. 62 ff.

[19]) Stefano Gabuzzi in Schwur- und Schöffenger. I 668 ff.

[20]) Volkswahl nach dem Proporzsystem.

[21]) Schweiz. Z. f. Strafr. Bd. X 253 ff.

[22]) Nach der deutschen Terminiologie, vgl. zweiten Teil I.1.

tonsrat vom 3. Januar unter anderen Reformen das Zusammenwirken der Geschwornen und des Schwurgerichtshofes sowohl bei der Schuldfrage als beim Strafmass. Damit wurde der unentwirrbare gordische Knoten durchhauen. Die Motion wurde vom Kantonsrat am 26. Februar 1895 als erheblich erklärt und im Jahre 1901 in einem Gesetzesentwurf verwirklicht.[23])

Nach diesem Entwurf sollte das Schwurgericht nicht mehr aus zwei koordinierten Kollegien bestehen, sondern zu einem einheitlichen Gerichtshof vereinigt werden, welcher gemeinsam über Schuldfrage und Strafmass zu entscheiden hätte. Die Geschwornenbank sollte nur noch aus acht Geschwornen bestehen und alle Entscheidungen auf Grund gemeinsamer Beratung von Richter und Geschwornen ergehen. Fragestellung und Rechtsbelehrung entfielen.

Der Entwurf ist jedoch nicht durchgedrungen.

Auch in Bern blieb das Institut der Geschwornengerichte nicht unangefochten.[24]) Am 29. November 1893 hat Grossrat Wyss einen Anzug eingereicht, mit dem er den Regierungsrat einlud, Bericht und Antrag über eine Revision des Strafverfahrens „zum Zwecke der rascheren Erledigung der Strafprozesse" dem Grossen Rat vorzulegen. Der Antrag fand nicht nur beim Regierungsrat Verständnis, derselbe benutzte vielmehr die Gelegenheit, auch noch eine Revision der Gerichtsorganisation von 1847 und des Strafgesetzbuches in Vorschlag zu bringen. Insbesondere bezeichnete er u. a. die Frage der Abschaffung der Schwurgerichte in ihrer damaligen Form als diskutabel.

Trotzdem der Grosse Rat den Standpunkt des Regierungsrates sich zu eigen machte, verging noch mehr als ein Dutzend Jahre bis ein weiterer Schritt auf dem Wege zu einer Revision des Strafverfahrens getan wurde. Am 9. Juni 1906 reichte Professor Dr. Thormann im Auftrage der Justizdirektion des Kantons Bern einen Bericht über die Revision des Strafverfahrens ein, der in der Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht

---

[23]) Vgl. Bericht des Zürcher Reg.-Rates an den Kantonsrat v. 21. Nov. 1901.

[24]) Vgl. Tagblatt d. Grossen Rates 1879 (S. 341, 357, 402, Anzug Wyttenbach).

(1907, Bd. 20, S. 63 ff) veröffentlicht wurde. Neben einer Reorganisation der Voruntersuchung im Sinne einer vernünftigen Milderung des Inquisitionsprinzipes brachte dieser Bericht bereits eine grundlegende Umbildung des Geschwornengerichtes in Vorschlag, und zwar durch Beseitigung der Zwiespältigkeit von Schuld- und Strafurteil. Eine auf die Zahl von 8 reduzierte Jury sollte mit der Kriminalkammer zu einem einheitlichen Gerichtsorgan verschmolzen werden, das als solches nach gemeinsamer Beratung das Urteil über Schuld und Strafe fällt. Lediglich die Beantwortung reiner Rechtsfragen, wie sie die Entscheidungen der Vor- und Zwischenfragen darstellen, sollte der Kammer wie bisher vorbehalten bleiben.

Mit der Prüfung dieses Berichtes beauftragte die Justizdirektion eine Expertenkommission,[25]) die das von Professor Thormann aufgestellte Reformprogramm im wesentlichen billigte. Auf Grund dieser Beratungen arbeitete Prof. Dr. Thormann einen Vorentwurf der Strafprozessordnung aus, den er 1908 der Justizdirektion einreichte. Eine im Frühling 1910 zur Beratung dieses Vorentwurfes eingesetzte Expertenkommission stellte 1911 den Text des Kommissionsentwurfes fest.

Wieder verging ein Jahrzehnt. Der Weltkrieg und seine Folgejahre schoben dringendere Sorgen in den Vordergrund, und erst nachdem im Winter 1922/23 der Bernische Juristenverein sein Interesse der Strafprozessrevision zugewandt und der Justizdirektion das Resultat seiner Beratung eingereicht hatte, berief diese im Dezember 1924 eine neue Expertenkommission ein, nach deren Beschlüssen ein aus Professor Dr. Thormann und Justizsekretär Dr. Flückiger bestehender Redaktionsausschuss im August 1926 den 411 Artikel umfassenden Entwurf bereinigt hat. Zu diesem hat Professor Dr. Thormann die Erläuterungen abgefasst.

Mit Vortrag der Justizdirektion vom 23. September 1926 wurde dieser Entwurf in wenig abgeänderter Gestalt vom Regierungsrat dem Grossen Rate vorgelegt und von demselben

---

[25]) Es gehörten ihr ausser dem Berichterstatter, Prof. Dr. Thormann, Justizdirektor Simonin, Prof. Dr. Lauterburg, die Oberrichter Lanz und Schorer, sowie Fürsprecher Dr. Rüfenacht an. Die Beratungen umfassten fünf Sitzungen in den Monaten Dezember 1906, Januar und Februar 1907.

am 1. Februar 1928 genehmigt. In der Volksabstimmung vom 20. Mai 1928 mit einem sehr starken Mehr (29 665 gegen 11705 Stimmen) angenommen, wurde das neue Gesetz über das Strafverfahren des Kantons Bern auf den 1. Oktober 1928 in Kraft gesetzt [26]).

Schon früher hat Deutschland eine einschneidende Umgestaltung seiner Strafprozessordnung durchgeführt und durch die neue Fassung vom 22. März 1924 (in Kraft seit 1. April 1924) das Schwurgericht unter Beibehaltung seines bisherigen Namens durch grosse Schöffengerichte, bestehend aus drei Richtern und sechs Geschworenen, ersetzt (§ 81 StPO).

Im Gegensatz zum alten zweiteiligen Geschwornengericht, das sich stark an den französischen Prozess anlehnte, weist das neue einheitliche mehr einen deutschrechtlichen Einschlag auf, ohne jedoch in Aufbau und Einzelheiten einer bemerkenswerten Originalität zu entbehren, die als bernische Eigenart bezeichnet werden kann.

---

[26]) Beschl. d. Reg.-Rates v. 8. Juni 1928.

Zweiter Teil

Das einheitliche Geschwornengericht

I. Organisation und Kompetenzen.

1. Verfassung und Prozessgesetz.

Es wurde bereits im ersten Teile (I. 1.) auf die Entwicklung der Verfassungsbestimmungen hingewiesen, die das Geschwornengericht betreffen. Im Sinne der geltenden Verfassung sind für die Verwaltung der Strafrechtspflege neben den übrigen Gerichten „Geschwornengerichte" vorgesehen (Art. 61, Abs. 1), während die nähere Organisation „der Gerichte" (somit auch der Geschwornengerichte) durch das Gesetz bestimmt wird (Art. 62, Abs. 1).

Man musste sich nun bei der Revision des Strafverfahrens die Frage vorlegen, ob die grundlegende Aenderung, die den Geschwornen nicht mehr ausschliesslich die Beurteilung der Schuldfrage überlässt, sondern ihnen auch noch die Mitwirkung der Kriminalkammer zugesellt (des „Gerichtes" nach der Nomenklatur des Gesetzes, Art. 287, II), sich verfassungsmässig begründen lässt.

Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, was man eigentlich als das Prinzip des Geschwornengerichtes ansieht. Die Meinungen darüber sind in der Literatur geteilt. Ueberwiegend scheint in der deutschen Literatur die Anschauung zu sein, welche die Selbständigkeit der Geschwornen bei Beurteilung der Schuldfrage als vom Wesen des Schwurgerichtes untrennbar betont.[1]) Immerhin wird daneben die Notwendigkeit organischen Zusammenwirkens mit den Berufsrichtern anerkannt.[2]) Schön formuliert Kleinfelder:[3]) „Auch

---

[1]) Ullmann, Gutachten für den 10. deutschen Juristentag, Verhandlungen 1, S. 127; Stengelein, Gutachten für den 22. deutschen Juristentag, I, Verhandlungen 1, S. 116; v. Bar ZSSM, 26 S. 222; Gneist, Vier Fragen, S. 155; Schworer in Schwur- u. Schöffenger. I 84; Kahl daselbst I 23 u. a. m.

[2]) v. Bar, Recht und Beweis, Einl. S. V; Glaser, Anklage und Wahrspr. S. 298, 312, 313, 518; Gneist, Vier Fragen, S. 155/156;

dem Schwurgerichte liegt — wie dem Schöffengerichte — der Gedanke zugrunde, dass die beiden richterlichen Elemente nicht getrennt je einen Teil der Aufgabe lösen sollen, sondern dass das Ziel durch organisches Zusammenwirken der Laien und der Berufsrichter erreicht werden soll, jedoch so, dass die Selbständigkeit und Unabhängigkeit der Laien durch den Berufsrichter nicht gefährdet werden darf."

Legt man überhaupt auf das organische Zusammenwirken Gewicht, so muss man zugeben, dass sich mit einem solchen nicht ein absolutes, sondern nur ein relatives Mass von Selbständigkeit der Geschwornen, nicht weniger als der Berufsrichter, verträgt. Denn von einem organischen Zusammenwirken kann nicht mehr die Rede sein, wenn den Berufsrichtern jeglicher Einfluss auf die Beurteilung der Schuldfrage genommen wird, denn Geschwornen auf die Straffrage. Dies um so mehr, als eine Trennung dieser beiden Komponenten des Urteils, wie bereits ausgeführt wurde, unmöglich ist, weil auch sie organisch zusammenhängen.

Logischerweise lässt sich daher das Prinzip des Schwurgerichtes nicht in etwas erblicken, dessen vollständige Durchführung überhaupt nicht gelingen kann, weil die Berufsrichter aller Trennung zum Trotz bei der Zumessung der Strafe über die Schuld mitentscheiden, die Geschwornen bei Beurteilung der Schuldfrage Straffragen vorweg nehmen.

Für das Prinzip des Schurgerichtes müssen daher andere Kriterien gefunden werden, durch welche es sich vom Schöffengericht unterscheidet.

Der Redaktor des Entwurfes über das Strafverfahren des Kantons Bern erblickt das Wesen der Geschwornengerichte darin, dass „zur Beurteilung des Einzelfalles aus dem Volke, d. h. aus den nach den Bestimmungen des Gerichtsorganisationsgesetzes für befähigt gehaltenen und zu diesen richterlichen Funktionen gewählten Staatsbürgern, eine die Beamtenrichter bedeutend übersteigende Zahl von Volksrichtern herangezogen werde (im Gegensatz zu den auf eine bestimmte Amtsperiode gewähl-

---

Goldammer, Arch. I 177, 179; Heinze, Ger. S. 16, Beil. S. 28 u. a. m.

[3]) Kleinfeller in Schwur- und Schöffengericht I 118.

ten Amtsrichtern), wobei den Parteien ein wesentlicher Einfluss auf die Besetzung dieses Gerichtes eingeräumt wird.“ [4])

Nicht in einem Verfahrensmoment, wie die charakteristische deutschrechtliche Einstellung, wird das Kriterium der Geschwornengerichte erblickt, sondern in einem persönlichen Moment, in der Eigenart der mitwirkenden Laienrichter. Es werden insbesondere unter den Laienrichtern zwei Kategorien unterschieden: Beamten- und Volksrichter. Beamtenrichter sind solche Laienrichter, die auf eine bestimmte Amtsperiode fest gewählt werden und gemeinsam mit den ihnen zugestellten Berufsrichtern ein Gerichtskollegium bilden, auf dessen Besetzung den Parteien kein Einfluss eingeräumt wird. Zu diesem Typ gehören im Kanton Bern die Amtsrichter (Art. 36 GO), die Gewerberichter (Art. 58 GO) und die Handelsrichter (Art. 66 GO). [5])

Die Volksrichter, wie sie einzig in den Geschwornengerichten fungieren, haben keinen Beamtencharakter, sie werden zu jeder Session aus der Jahresliste besonders herausgelost, das Gericht für den einzelnen Fall besonders gebildet, wobei eine den Parteien in gewissen Grenzen zustehende Auswahl der Geschwornen dem Gericht einen schiedsrichterlichen Einschlag gibt.

Man kann angesichts dieser scharf abgegrenzten Merkmale in Wirklichkeit von den Geschwornen als Volksrichtern sprechen, die einen ganz anderen Charakter aufweisen, als die Beamtenrichter aus Laienkreisen. Durch die Erhebung des Entwurfes zum Gesetz ohne Veränderung seiner prinzipiellen Gesichtspunkte haben auch die gesetzgebenden Behörden diese Kriterien als ausreichend angesehen, um ein Geschwornengericht im verfassungsmässigen Sinne zu charakterisieren. [6])

Unserer Ansicht nach kommt noch als weiteres Merkmal der Geschwornengerichte hinzu, dass die Tatfrage und somit auch die Beweiswürdigung durch eine berufsrichterliche Instanz nicht überprüfbar ist, dass der Entscheid in dieser Richtung ein

---

[4]) Thormann, Erläut. 2. Entw. 1926, S. 12.

[5]) In Deutschland gehören dazu die sog. Geschwornen (§§ 79 StPO), die anerkanntermassen nur Schöffen sind, vgl. Doerr, S. XIV.).

[6]) Allerdings ist es bei den Beratungen über diesen einschneidenden Punkt nicht ohne schwere Kämpfe abgegangen, vgl. Tagblatt 1928, S. 32 ff.

Wahrspruch ist, d. h. ein Spruch, dessen Wahrheit unanfechtbar bleibt. Auch dieses Merkmal ist beim bernischen Geschwornengericht gewahrt.[7])

2. Die Zuständigkeit.

Die Grundlage für die Zuständigkeit der Geschwornengerichte ist durch Art. 61 der Kantonsverfassung gegeben, der bereits mehrfach erwähnt wurde. Er weist diesen Gerichten insbesondere die politischen Straffälle und die vom Gesetz bezeichneten Pressdelikte zu. Die Kriminalverbrechen sind in diesem Verfassungsartikel nicht mehr erwähnt. Nichtsdestoweniger hält auch des geltende Strafverfahrensgesetz an der alten Dreiteilung der erstinstanzlichen Strafgerichte fest und weist „die mit Zuchthaus bedrohten Handlungen (Verbrechen)" dem Geschwornengericht zu. Es sanktioniert auch wieder die in der alten Strafnovelle vom 2. Mai 1880 aufgenommenen Prinzipien, nach welchen die „geständigen Fälle" der Kriminalkammer überwiesen werden. „Vorbehalten bleiben Art. 198 und 208."

Die Bedenken, die der Redaktor des Entwurfes gegen die Zuweisung der „geständigen Fälle" an die Kriminalkammer geäussert hat, nachdem das Verfahren vor dem Geschwornengericht soweit vereinfacht worden ist, haben die Herübernahme dieser alten Bestimmung nicht verhindern können.[8]) Immerhin wurden die Voraussetzungen der Ueberweisung an die Kriminalkammer in Art. 198 nicht nur fester umrissen, sondern auch wesentlich verschärft. Es sind ihrer vier:

a) Vor allem darf es sich nicht um Fälle handeln, wo lebenslängliche, sondern nur zeitliche Zuchthausstrafe in Frage steht. Wie nach Art. 208 sind wohl auch hier die Ueberweisungsbehörden befugt, festzustellen, ob Schuld- und Strafmilderungsgründe vorhanden seien, die dazu führen dürften, dass ein im Prinzip mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedrohtes Verbrechen, bei der Verurteilung nur die zeitliche Strafe nach sich

---

[7]) Vgl. zweiter Teil, Kap. IV.

[8]) Vgl. Z. 63, S. 49, 97. Welche Entlastung die Kriminalkammer bedeutet, erhellt aus der Tatsache, dass z. B. im J. 1926 nur 31 Fälle mit 33 Angeklagten vor die Assisen kamen, während 77 Geschäfte mit 105 Angeklagten direkt vor der Kriminalkammer zur Aburteilung gelangten (Tagblatt 1927, S. 408).

ziehen würde. Diese Einschränkung der Kompetenz der Kriminalkammer war dem alten Recht (§1, Ges. v. 1880) unbekannt. Sie verhindert, dass ein Dreiergericht, wo schliesslich meist nur eine Stimme entscheidet (die des Vorsitzenden), eine höhere als 20jährige Strafe ausspricht (Art. 10 StG).

b) Weitere Voraussetzung ist, wie bisher schon, dass der Angeschludigte ein glaubwürdiges Geständnis abgelegt hat. Ein Geständnis liegt, wie Absatz 3, Art. 198, neu formuliert, nur vor, wenn der Angeschuldigte das Vorhandensein aller Tatsachen ausdrücklich zugibt, welche das Strafgesetz zum Begriffe des vollendeten oder versuchten Verbrechens fordert. Des weitern darf nach dem letzten Absatz dieses Artikels die Zurechnungsfähigkeit des Täters im Zeitpunkt der Begehung des zugestandenen Verbrechens oder der Ablegung des Geständnisses nicht zweifelhaft sein.

Sind mehrere Angeschuldigte oder Teilnehmer vorhanden, so ist die Ueberweisung an die Kriminalkammer gemäss Absatz 4 dieses Artikels nur zulässig, wenn sämtliche Angeschuldigten oder Teilnehmer über alle ihnen vorgeworfenen Verbrechen, insoweit sie mit zeitlichem Zuchthaus bedacht sind, Geständnisse abgelegt haben. Nicht gefordert ist hingegen ein Geständnis für die mit korrektionellen oder polizeilichen Strafen bedrohten Handlungen, die den Gegenstand der gleichen Untersuchung bilden (vgl. auch § 3, Ges. 1880).

c) Neu ist die weitere Voraussetzung, dass der Angeschuldigte selbst die Ueberweisung an die Kriminalkammer verlangt. Die Neuerung ist einschneidend; sie gewährt auch dem geständigen Angeschuldigten einen entscheidenden Einfluss auf die Bestimmung des Gerichtes und verhindert, dass mit einem Geständnis lediglich aus dem Grunde zurückgehalten werde, weil der Angeschuldigte vom Geschwornengericht beurteilt zu werden wünscht. Die Zustimmung einzelner Mitangeschuldigten ist aber nicht gefordert, sofern diese nur wegen Handlungen in Untersuchung stehen, deren Beurteilung an und für sich nicht in die Zuständigkeit des Geschworenengerichtes fallen würde.[9])

d) Die Voraussetzung, dass es sich nicht um ein politisches

---

[9]) Z. 65 (1929), S. 478.

Verbrechen handeln darf, musste im Hinblick darauf gemacht werden, dass politische Verbrechen durch Verfassungsbestimmung unbedingt vor die Geschwornen gehören (Art. 61, II, Verf.). Das ist bei Pressdelikten nicht unbedingt der Fall, doch sind diese Delikte in Ziff. 3 und 4, Art. 29 in bezug auf die Voraussetzung der Kompetenz des Geschwornengerichtes besonders normiert.

Im übrigen ist der Kompetenz der Kriminalkammer noch ein weiterer Riegel vorgeschoben. Nimmt der Angeschuldigte sein Geständnis vor der Kriminalkammer ganz oder teilweise zurück, so ist der Straffall zur weitern Behandlung vor das Geschwornengericht zu weisen. Auch von sich aus ist die Kriminalkammer „aus anderen wichtigen Gründen" zu einer solchen Ueberweisung an das Geschwornengericht befugt (Art. 295, II). Das Umgekehrte ist nicht der Fall. Legt der Angeschuldigte in der Hauptverhandlung vor Geschwornengericht ein Geständnis ab, so wird er von dieser Gerichtsbehörde beurteilt (Art. 296).

Durch all diese Vorbehalte sind die Kompetenzen der Kriminalkammer im geltenden Verfahren auf Kosten des Geschwornengerichtes noch schärfer umgrenzt und eingeengt worden.

Andererseits hat das „Korrektionalisieren" eine nicht unbedeutende Erweiterung erfahren. Dem bisherigen Recht entspricht Art. 208, Absatz 1, nach welchem die Ueberweisungsbehörden befugt sind, in allen Straffällen mit wahlweise verschiedenartigen Strafdrohungen, statt an das Geschwornengericht an das Amtsgericht zu überweisen, wenn nach den besonderen Umständen des Falles anzunehmen ist, dass das urteilende Gericht bei einer Verurteilung nur die geringere Strafe aussprechen wird (vgl. § 15, Ges. 1880). Allerdings hat das alte Gesetz die Ueberweisungsbehörden zu einer solchen Korrektionalisierung nicht nur berechtigt, sondern gleichzeitig verpflichtet. Letzteres tut Art. 208 nicht.

Ueber das alte Recht hinaus gestattet Absatz 2 des Art. 208 die Ueberweisung eines Assisenfalles an das Amtsgericht auch in anderen Straffällen, wenn die Ueberweisungsbehörden Schuld- und Strafmilderungsgründe als vorhanden feststellen können. Diese Korrektionalisierung konnte umsomehr vorgesehen werden, als das zugewiesene Gericht nicht mehr wie nach dem alten Recht an die Ueberweisung unbedingt gebunden ist, son-

dern, wenn es die Korrektionalisierungsgründe als nicht zutreffend erachtet, die Akten der Ueberweisungsbehörde zurückschickt, die den Straffall dann an das Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit weist. In gleicher Weise verfährt das zugewiesene Gericht, wenn sich aus der Beweisführung ergibt, dass die Sache vor ein Gericht mit höherer sachlicher Zuständigkeit gehört (Abs. 3, Art. 208).

Darnach wird durch die Ueberweisung das Endurteil nicht mehr notwendig präjudiziert, indem das betraute Gericht die Sache wieder zurückschicken kann, wenn es die Voraussetzungen nicht zutreffend findet.

Mit diesen Einschränkungen unterstehen als Verbrechen folgende mit Zuchthaus bedrohten Handlungen der Beurteilung durch das Geschwornengericht.

1. Verbrechen gegen die Sicherheit des Staates, Landesverrat (Art. 67), Hochverrat (Art. 68);
2. Aufruhr (Art. 73, Ziff. 1), Widersetzlichkeit gegen Beamte (Art. 76, Ziff. 1), Befreiung von Gefangenen im Falle des Art. 78, Ziff. 1; Unterschlagung durch Beamte (Art. 92).
3. Münzfälschung (Art. 101), Fälschung öffentlicher Urkunden (Art. 106, 107, 108, Ziff. 1), Fälschung von Privaturkunden (Art. 110, Ziff. 1), falsche Aussage (Art. 396, III, StV).
4. Mord (Art. 123), Vergiftung von Brunnen (Art. 124), Todschlag (Art. 126), Kindestötung (Art. 129), Gewerbsmässige Abtreibung (Art. 135, II, 136), Aussetzung (Art. 137, Ziff. 1 und 2 a), Misshandlung (Art. 139, 140), Missbrauch des Züchtigungsrechtes (Art. 146, I).
5. Unterdrückung des Zivilstandes (Art. 150), Menschenraub (Art. 151), Entführung (Art. 153), widerrechtliche Gefangenhaltung (Art. 158).
6. Notzucht Art. 170), Schändung (Art.. 173), Bigamie (Art. 174).
7. Falsche Anzeige (Art. 181, II).
8. Brandstiftung (Art. 189), Verursachung einer Ueberschwemmung (Art. 198, I), Vergiftung von Weiden (Art. 200, Ziff. 1), Eigentumsbeschädigung (Art. 201, Abs. 4,

203), Raub (Art. 206, 207), Erpressung (Art. 208), Diebstahl (Art. 210, 211, Ziff. 1, 212, II), gewerbsmässige Hehlerei (Art. 217), Unterschlagung nach Art. 220, Betrug (Art. 231, Ziff. 1).

Die politischen Delikte unterstehen im Sinne des Verfassungsartikels 61 dem Geschwornengericht ohne jede Rücksicht auf ihre Qualifikation als Verbrechen. Demgemäss bestimmt Art. 29, Ziff. 2, dass „die politischen Verbrechen und Vergehen" schlechtwegs vom G. G. beurteilt werden. Als politischer Natur werden nach der Auffassung des belgischen Rechts alle vorsätzlich gegen Bestand und Sicherheit des Staates, gegen das Staatsoberhaupt oder die politischen Rechte der Staatsbürger (nicht aber die gegen die Staatsverwaltung) gerichteten Strafhandlungen angesehen.[10])

Mit Burckhardt[11]) ist zur Bestimmung des politischen Verbrechens vom Begriff des Politischen überhaupt auszugehen. Politisch ist, was die Machtstellung des Staates beeinflusst, sei es im Verhältnis zu anderen Staaten, sei es im Verhältnis zum Einzelnen. Sie kann dadurch in Frage gestellt werden, dass die Grundsätze der Organisation selbst, oder nur die in die Behörden berufenen Personen bekämpft werden. Nicht nur, wer sich an der Verfassung selbst vergreift, sondern wer die Regierung stürzt, die gesetzgebende Behörde durch Staatsstreich auflöst, begeht ein politisches Verbrechen. Hingegen ist die Auflehnung gegen amtliche Befehle für einen einzelnen Fall in der Regel kein politisches Verbrechen, weil die Macht des Staates dabei unvermindert bleibt.

Entscheidend ist, dass ein politischer Zweck verfolgt wird. Ob er besteht, ist allerdings eine Tatfrage.[12])

Die Pressdelikte, die gemäss Art. 61, Abs 2, der bernischen Verfassung dem G. G. zugewiesen sind, werden zum erstenmal in Art. 29, Ziff. 3 und 4, näher begrenzt. Gemäss Ziff. 3 ge-

---

[10]) Liszt, Lehrb. (23. Aufl.) 110, Allfeld 100, Kohler 175, Mayer 72 u. a. m.

[11]) Burckhardt, Komm. z. BV. S. 73, 599.

[12]) Hafter, Lehrb. d. Straf. R. S. 91, meint dass gemeine Verbrechen von egoistischen, politische von altruistischen Motiven bestimmt werden.

hören vor das G. G. „die in der periodischen Presse begangenen Ehrverletzungen, die öffentliche Interessen berühren". Damit sind rein private Ehrverletzungen, die durch das Mittel der Presse begangen werden, ebenso wie die Fälle, wo die Presse zur Begehung anderer Straftaten benutzt wird, z. B. Verbreitung sittenloser Schriften (Art. 161 StG), Ankündigung von angeblichen Arzneimitteln (§ 8 Medizinalgesetz von 1865), von der Geschwornengerichtsbarkeit eximiert. Was übrig bleibt, sind Ehrverletzungen, die Verhältnisse und Persönlichkeiten zum Gegenstand haben, welche die Oeffentlichkeit interessieren.

Der Begriff des „öffentlichen Interesses" in Art. 29, Ziff. 3, ist nicht in dem Sinne zu verstehen, dass der Gegenstand der Politik oder dem öffentlichen Recht angehören müsse. Vielmehr ist ein Interesse öffentlich, wenn es nicht bloss kleinere Kreise, sondern grössere Teile des Volkes oder ganze Bevölkerungsschichten berührt, mag es sonst ein solches des Privatrechts sein (z. B. ehrverletzende Angriffe gegenüber einem privaten Geldinstitut, das dem ganzen Volke dient).[13])

Ziff. 4 des Art. 29 ist erst vor der zweiten Lesung eingefügt[14]) worden, nachdem sich die Frage erhoben hat, was unter Presse zu verstehen sei. Der Begriff der Presse sollte nicht nur auf die periodischen Druckerzeugnisse erstreckt werden, sondern darüber hinaus auf politische Druckschriften, allerdings mit der Beschränkung, sofern sie von einem verantwortlichen Herausgeber gezeichnet sind. Wilde Angriffe auf Personen und Verhältnisse durch anonyme Schmähschriften sollen dieser Vergünstigung, die man in der Beurteilung durch ein G. G. erblickt, nicht teilhaftig werden. Sofern die genannten Voraussetzungen zutreffen, werden Flugschriften, Broschüren, unter Umständen sogar Plakate unter die Ziffer 4 des Art. 29 fallen.

Im allgemeinen hat die Zuständigkeit der G. G. durch das geltende Gesetz eine neue Einschränkung erfahren. Zunächst sind die Kriminaldelikte durch die Bestimmung des Art. 396, V, VI, VII beschränkt worden (zum Teil auch durch die Aufnahme alternativer Strafdrohungen). Sodann sind die Möglich-

---

[13]) Z. 67, S. 578 ff, Tagbl. 1927, S. 388 ff.
[14]) Tagbl. 1928, S. 10.

keiten der Korrektionalisierung sowohl prinzipiell (Art. 208, II) erweitert worden, als auch dadurch, dass Art. 396 X die Anrechnung der Untersuchungshaft, sowie die Strafmilderung aus besondern Gründen eingeführt hat. Schliesslich sind die Pressedelikte nur beschränkt dem GG unterstellt worden. Andererseits sind für die Beurteilung „geständiger" Fälle durch die Kriminalkammer strengere Vorschriften aufgestellt worden (Art. 198).

3. Die Bildung des Gerichtes.

Das einheitliche Geschwornengericht wird gebildet aus den drei Mitgliedern der Kriminalkammer, acht Geschwornen und zwei Ersatzgeschwornen (Art. 272, I).

Was die Kriminalkammer anbelangt, ist hervorzuheben, dass sie gemäss Art. 395 I einen für die Verwaltung der Strafrechtspflege aus drei Mitgliedern des Obergerichtes gebildeten Ausschuss darstellt (früher Assisenkammer). Sie ist für die „geständigen Fälle", wie bereits dargelegt wurde, selbständiges urteilendes Gericht, für die Geschwornenfälle integrierender Teil des einheitlichen G. G. Die Verteilung der Mitglieder des Obergerichtes in die einzelnen Kammern und Abteilungen nimmt dieses selber alle zwei Jahre vor. Die Präsidenten der Strafabteilungen werden gleichfalls vom Obergericht gewählt (Art. 10 GO). Kein Mitglied des Obergerichtes darf gleichzeitig der Kriminalkammer und dem Kassationshof angehören (Art. 395, III), da letzterer über die Nichtigkeitsklage gegen Urteile des G. G. oder der Kriminalkammer zu erkennen hat (Art. 328).

Die Kriminalkammer besteht einheitlich für den ganzen Kanton, während die Geschwornen für jeden der fünf Geschwornenbezirke besonders gewählt werden. Das Geschwornengericht in den einzelnen Geschwornenbezirken setzt sich somit aus einem ambulanten Bestandteil, der Kriminalkammer und einem lokalen Bestandteil, den acht bezw. zehn Geschwornen des betreffenden Bezirkes, zusammen. Unverändert blieben die Bestimmungen der GO über die Geschwornen, nur dass das Wort Assisen durch die Bezeichnung „Geschwornengericht" ersetzt wurde (Art. 395, IV). Demgemäss ist die Einteilung des Kantons in fünf Geschwornenbezirke beibehalten (Art.

20 GO).[15]) Die Geschwornen werden durch die stimmberechtigten Bürger des Geschwornenbezirkes gewählt, indem jeder Abstimmungskreis (Dekret vom 29. Januar 1894) einen Wahlkreis bildet und auf je 600 Seelen der Bevölkerung eines Wahlkreises ein Geschworner gewählt wird (siehe Seite 61). Wahlkreise mit weniger als 600 Seelen haben gleichfalls einen Geschwornen zu wählen (Art. 20 GO).

Die Wahlen finden nach den jeweiligen Vorschriften über die öffentlichen Wahlen alle vier Jahre statt. Es entscheidet das relative Mehr. Die Amtsdauer der Geschwornen beginnt jeweilen am 1. August und endigt am 31. Juli des vierten Jahres (Art. 23 GO). Wählbar sind die stimmfähigen Einwohner des Geschwornenbezirkes, welche das 25. Altersjahr zurückgelegt haben, mit Ausnahme der eidgenössischen und kantonalen Beamten der richterlichen und vollziehenden Gewalt, der staatlichen Gewerbebetriebe, der im Staatsdienst stehenden Geistlichen, der eidgenössischen, kantonalen und Gemeindepolizeiangestellten, sowie der Angestellten der öffentlichen Enthaltungshäuser (Straf-, Zwangsarbeits-, Besserungs- und Irrenanstalten, Armenhäuser, Trinkerheilstätten u. dergl.) Art. 24 GO.[16])

Das Geschwornenamt ist ein Ehrenamt, eine Bürgerpflicht. Eine gesetzlich unbegründete Weigerung, diese Pflicht zu erfüllen, zieht Bestrafung durch die Kriminalkammer mit Gefäng-

---

[15]) a) Der erste Bezirk umfasst die Amtsbezirke: Frutigen, Interlaken, Konolfingen, Oberhasle, Saanen, Niedersimmental, Obersimmental und Thun.

b) der zweite Bezirk die Amtsbezirke: Bern, Schwarzenburg und Seftigen.

c) der dritte Bezirk die Amtsbezirke: Aarwangen, Burgdorf, Fraubrunnen, Signau, Trachselwald und Wangen.

d) der vierte Bezirk die Amtsbezirke: Aarberg, Biel, Büren, Erlach, Laupen und Nidau.

e) der fünfte Bezirk die Amtsbezirke: Courtelary, Delsberg, Freibergen, Laufen, Münster, Neuenstadt und Pruntrut.

Diese Einteilung kann durch Dekret des Grossen Rates abgeändert werden

[16]) Der Ausschluss von Personen, die bereits korrektionelle und höhere Strafen, insbesondere für falsches Zeugnis, erlitten haben, dürfte sich empfehlen, vgl. Friedmann, S. 22 ff, Kronecker in Schwur- und Schöffenger. S. 330.

nis bis zu acht Tagen nach sich, sowie Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit bis zum Ablauf der betreffenden Amtsperiode (Art. 26 GO). Als gesetzliche Ablehnungsgründe gelten: Alter über 60 Jahre, Krankheit oder Gebrechen, die den Gewählten ausserstande setzen, die Pflichten eines Geschwornen zu erfüllen, ferner der Umstand, dass der Gewählte bereits auf der Liste der vorgehenden Periode gestanden und während derselben vier Sessionen beigewohnt hat (Art. 25 GO).

Nach beendigter Wahlverhandlung werden die Wahlprotokolle dem Regierungsstatthalter des betreffenden Amtsbezirkes eingesandt, der sie während acht Tagen öffentlich auflegt und die Gewählten von ihrer Wahl verständigt (Art. 27 GO). Innert dieser Frist können Beschwerden (der beteiligten Bürger, auch der Staatsanwaltschaft) und Ablehnungserklärungen eingereicht werden, über welche das Obergericht entscheidet (Art. 28 GO).

Sodann setzt das Obergericht die sogenannte Urliste auf und übersendet jedem Untersuchungsrichter einen Auszug über die in seinem Amtsbezirk wohnenden Geschwornen. Diese Verzeichnisse werden im Amtsblatt veröffentlicht (Art. 29 GO). Nachträgliche Streichungen wegen Nichtwählbarkeit, Tod, Wegzug aus dem Geschwornenbezirke nimmt das Obergericht vor (Art. 30 GO). Nach- und Ersatzwahlen finden in der Regel nicht statt, wenn nicht das Obergericht solche für nötig erachtet (Art. 31, GO). Die Veranstaltung der Geschwornensessionen liegt der Kriminalkammer ob. In jedem Geschwornenbezirk sollen jährlich mindestens drei Sessionen abgehalten werden (Art. 32 GO).

Zu jeder Session wird die sogenannte Sitzungsliste gebildet, indem jeweilen durch den Präsidenten des Obergerichtes, in Gegenwart zweier von ihm bezeichneten Mitglieder, aus der Zahl der Geschwornen des betreffenden Bezirkes, mit Ausnahme der Teilnehmer der letzten Session, 30 Geschworene herausgelost werden.[17]) Die Sitzungsliste wird durch die Obergerichtskanzlei dem Präsidenten der Kriminalkammer mitgeteilt,

---

[17]) Die Geschwornen beziehen Taggelder und Reiseentschädigungen (Art. 34 GO). Dadurch wird auch Angehörigen der unbemittelten Klassen ermöglicht, dieses Amt zu üben.

der die Geschwornen und die Parteien zur Eröffnungssitzung ladet, indem er ihnen die Ladung wenigstens acht Tage vorher zustellen lässt (Art. 269 StV).

Aus der Sitzungsliste wird am Eröffnungstage der G. G.-Sitzungen die Spruchliste gebildet.[18]) Dies geschieht in der Eröffnungssitzung, zu der die 30 ausgelosten Geschwornen und die Parteien, wie bereits erwähnt, geladen werden. Der Präsident der Kriminalkammer gibt die Besetzung derselben bekannt und nimmt den Namensaufruf der Geschwornen vor (Art. 273).

Bei dieser Gelegenheit haben die durch Krankheit, Gebrechen oder aus andern wichtigen Gründen verhinderten Geschwornen ihre Entschuldigungsgründe vorzubringen, über welche die Kriminalkammer nach Anhörung der Staatsanwaltschaft sofort endgültig entscheidet (Art. 274). Ausbleiben eines Geschwornen ohne genügende Entschuldigungsgründe zieht eine Bestrafung durch die Kriminalkammer mit einer Busse von 20 Franken nach

---

[18]) Die Periodizität der Schurgerichte, welche der ganzen Einrichtung etwas Aussergewöhnliches, Seltsames gibt, bringt Unzuträglichkeiten mit sich, wie z. B. die Verlängerung der Untersuchungshaft. Die Frage ist diskutierbar, ob nicht ein wöchentlicher, vierzehntägiger oder allmonatlicher ordentlicher Schwurgerichtstag sich einrichten liesse. Auch die Bildung der Urliste und Sitzungsliste könnte zusammengezogen werden. Vgl. John, Komm. z. deutsch. StPO I, S. 55, Kronecker in Schwur- und Schöffenger. 335, Kahl daselbst, S. 11. Zu bedauern ist, dass der Redaktor des Entwurfes mit seinem Vorschlag, das ganze Verfahren zur Bildung der Spruchliste sich schriftlich abspielen zu lassen, wodurch ein Sitzungstag mit 30 Geschwornen erspart wäre, nicht durchgedrungen ist (vgl. Thormann, Erl. 1926, S. 16 und Art. 279, 283, Entw., ferner Art. 117 ff Org. d. Bundesrechtpflege). Für bernische Verhältnisse würde dieses Verfahren immerhin die Bildung einer Spezialjury für jeden zur Verhandlung kommenden Fall bedeuten, da jede Partei ihre Verwerfungen vornehmen würde, ohne von den anderen Fällen Kenntnis zu haben, während nach dem Gesetzestext die für den schwersten Fall gebildete Jury in der Regel auch für die übrigen Fälle mit geringen Aenderungen in der Besetzung funktionieren kann, was eine gewisse Stabilität während einer Session hervorbringt. Um die Vorzüge beider Systeme zu verbinden, hätte man der Kriminalkammer das Recht geben sollen, wenigstens in den ihr geeignet scheinenden Fällen das Verfahren der schriftlichen Verwerfung anzuordnen. Der Bundesstrafprozess kennt die schriftliche Verwerfung als Regel, die mündliche als Ausnahme (Art. 117 und 119 Org. d. Bundesrechtspflege).

sich. Dauert die Abwesenheit länger als zwei Tage, so wird ausserdem eine Gefängnisstrafe bis zu acht Tagen verhängt, womit die Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit bis zum Ablauf der betreffenden Amtsperiode verbunden ist (Art. 275, I, StV, Art. 26, II, GO). Verspätetes, unentschuldigtes Erscheinen wird mit einer Busse von 1—10 Franken belegt. Ein Geschworner, der sich vor Beendigung seiner Obliegenheiten ohne genügende Entschuldigung entfernt, wird ebenfalls mit einer Busse von 1—10 Franken belegt. Die Kriminalkammer hebt übrigens bei nachträglicher Entschuldigung die Strafe wieder auf (Art. 275). Interessant ist dabei, dass die Kriminalkammer, die ja Bestandteil des eigentlichen Geschwornengerichtes ist, über die Geschwornen, also die Mitrichter, eine Disziplinargewalt in vorgedachter Art übt. Von organisatorischen Gesichtspunkten aus wäre eher das Obergericht dazu berufen (Art. 7 GO).

Hernach werden die gesetzlichen Unfähigkeits- und Ablehnungsgründe im Sinne der Art. 32, 33 und 36 berücksichtigt (Art. 276), auf die hier nicht näher einzugehen ist. Beträgt die Zahl der anwesenden und bisher nicht abgelehnten Geschwornen wenigstens 20, so wird in den Verhandlungen fortgefahren, indem zur Geltendmachung des peremptorischen Ablehnungsrechts geschritten wird. Beträgt die Zahl weniger als 20, so frägt der Präsident die Parteien an, ob sie soweit auf das Ablehnungsrecht verzichten wollen, als notwendig ist, um das G. G. zu bilden. Stimmen die Parteien nicht zu, so ergänzt der Präsident der Kriminalkammer die Zahl auf 20 durch Geschworne, die auf der Liste des Geschwornenbezirkes stehen (Art. 277).

Nach Bereinigung der Geschworenenliste wird zur Bildung des Geschwornengerichtes für den schwersten Fall geschritten. Der Staatsanwalt und der Angeschuldigte können je fünf der Geschwornen ohne Angabe von Gründen ablehnen. Soweit der Staatsanwalt von seinem peremptorischen Ablehnungsrecht keinen Gebrauch macht, kann es der Privatkläger ausüben. Mehrere Mitangeschuldigte und Privatkläger haben sich zusammen über ihr Ablehnungsrecht zu verständigen; mangels Einigung bestimmt der Präsident der Kriminalkammer die Zahl der Geschwornen, die jeder einzelne Angeschuldigte oder Privat-

kläger ablehnen kann. Soweit ein Mitangeschuldigter oder Privatkläger von seinem Ablehnungsrechte keinen Gebrauch macht, können es die übrigen ausüben (Art. 278). Unter Privatkläger ist gemäss Art. 43 nicht nur derjenige zu verstehen, der Zivilansprüche geltend macht (Art. 3), sondern auch wer sich ohne Geltendmachung solcher Ansprüche als Privatkläger gestellt hat.

Das Institut der peremptorischen Ablehnung findet in der Literatur eine sehr geteilte Beurteilung. Vorherrschend ist die Ansicht, dass dieses Ablehnungsrecht zu beseitigen sei.[19]) Die Befugnis werde weit mehr missbräuchlich als sachgemäss gehandhabt, indem die Prozessparteien häufig aus Gefälligkeit, die Verteidiger aber oft gerade solche Geschworne ablehnen, welche zur Beurteilung des Falles besonders geeignet sind. Auch wird durch diese Einrichtung eine übermässige Belastung der Geschwornen bewirkt.

Dagegen ist aber geltend zu machen, dass ein gewisser Einfluss der Prozessprteien auf die Besetzung des Gerichtes mit dem Volksrichtertum untrennbar verbunden ist. Besonders in Bern, wo nunmehr das Reservat der Geschwornen betreffend die Schuldfrage beseitigt wurde, bildet die peremptorische Ablehnung eines der wenigen Merkmale, die das G. G. noch vom Schöffengericht unterscheiden. Das Institut bildet ferner ein erwünschtes Korrektiv gegen die Zufälligkeiten der Auslosung bei der Sitzungsliste. Bei der vorgenommenen Beschränkung des Ablehnungsrecht auf nur je fünf Geschworne seitens einer Prozesspartei ist auch der missbräuchlichen Verwendung ein gewisser Riegel vorgeschoben.

Die gleichmässige Verteilung des Ablehnungsrechts unter die Parteien nach Muster des Art. 116 der Bundesrechtspflege beseitigt einen Uebelstand des alten Gesetzes, nach welchem eine Partei vorweg so viele Geschworne verwerfen konnte, dass der anderen gemäss Art. 387a StV keine Verwerfungsmöglichkeit mehr übrig blieb.

---

[19]) John, Komm. z. deutsch. StPO I 55, Friedmann, S. 27 ff, Olshausern, S. 30, v. Liszt, S. 16, Wachenfeld bei Aschrott Reform d. StP, S. 27, Kahl, S. 11, Weingart, S. 743, Kronekker, S. 332 u. a. m. Für die Beibehaltung S. Mayer, S. 136 ff, v. S. 82.

Bleiben mehr als 10 nicht abgelehnte Geschworne zurück, so werden 10 zur Teilnahme an den Verhandlungen herausgelost, wobei die beiden letzten unter ihnen als Ersatzgeschworene gelten (Art. 279). Damit ist die Spruchliste für den schwersten Fall endgültig gebildet. Der Präsident der Kriminalkammer frägt daraufhin die übrigen Parteien an, ob sie das gebildete Geschwornengericht auch für ihren Fall annehmen. Verweigern sie dies, so haben sie gleichzeitig die von ihnen abgelehnten Geschwornen zu bezeichnen, die aus der Zahl der übrigen Geschwornen durch das Los ersetzt werden (Art. 280)

Der Präsident lässt hernach die Geschwornen das Gelübde ablegen (Art. 281), von welchem sie ihren Namen haben. Es ist allerdings kein Eid mehr, da das bernische Prozessrecht den religiösen Eid nicht mehr kennt. Die Geschwornen geloben, ihre Richterpflichten nach Ueberzeugung und reiflicher Ueberlegung auszuüben und sich nicht von Gunst und Missgunst, Furcht, Vorteil oder Schwäche leiten zu lassen. Vielleicht wäre die Hervorhebung, dass das Urteil nach Recht und Gesetz zu fällen sei, noch mehr dazu angetan, dem Mann aus dem Volke zum Bewusstsein zu bringen, dass auch der Volksrichter das Gesetz und nur dieses anzuwenden habe.

Der Präsident macht ferner die Geschwornen darauf aufmerksam, dass sie über den Gegenstand des Prozesses, sowie über die Beratung und Abstimmung mit niemandem sprechen dürfen (Art. 281, IV). Die Gelübdeverweigerung zieht die gleiche Strafe wie die Weigerung der Erfüllung der Geschwornenpflichten nach sich. Ueberdies wird der Verweigerer nach Art. 277 ersetzt (Art. 282 StV und 26 GO). Das Verbot, über den Gegenstand des Prozesses „mit niemandem" zu sprechen, bezieht sich wohl nicht auf den Meinungsaustausch unter den Mitgliedern des Gerichtes selbst, gelegentlich der Verhandlung und Beratung. Gerade die offene gegenseitige Aussprache bei den gemeinsamen Beratungen, wobei sowohl die Meinung der erfahrenen Richter, als die Meinung der Geschwornen sich miteinander messen können, ist doch einer der Vorzüge des vereinheitlichten Gerichtshofes.[20])

---

[20]) Vgl. Tagblatt 1927, S. 436.

Im übrigen ist dieses Verbot unter keine Disziplinarsanktion gestellt. Ob es eine lex imperfecta ist, hängt davon ab, ob seine Verletzung als Verletzung eines „Prozessrechtssatzes" gemäss Art. 328, Ziff. 2, zu betrachten sei und als solche einen Nichtigkeitsgrund abgebe, sofern sie für das Urteil von Bedeutung war. Unter Verletzung eines Prozessrechtssatzes ist, wie noch bei Behandlung der Rechtsmittel näher anzuführen sein wird, „unrichtige Anwendung des Prozessgesetzes" [21]) auf den gegebenen Fall zu verstehen, die in einem kausalen Zusammenhang mit dem Urteil steht. Von einer solchen unrichtigen „Anwendung" des Prozessgesetzes auf den gegebenen Fall kann unseres Erachtens bei Verletzung des Schweigegebotes kaum die Rede sein.

Ob die Verletzung einen Ablehnungsgrund abgibt, hängt davon ab, ob sie als geeignet erscheint, den Verletzenden als befangen zu erscheinen oder Mißtrauen gegen seine Unparteilichkeit zu erregen (Art. 33 GO).

Die Einheitlichkeit des derart unter beschränkter Mitwirkung der Prozessparteien gebildeten Geschwornengerichtes tritt auch äusserlich in Erscheinung. Es gibt keine Geschwornenbank mehr, keine Wahl eines Obmanns, keine gesonderte Gruppierung des Laien- und Berufsrichterelements. Die 11 Richter sitzen als einheitliches Kollegium zusammen, so dass auch ein unmittelbarer Kontakt zwischen ihnen während der ganzen Verhandlung ermöglicht ist.

---

[21]) Thormann, Erl. 1926, S. 15.

II. Vorverfahren

1. Die Voruntersuchung.

Der prozessuale Charakter einer Strafsache als Geschwornengerichtsfall wirkt schon auf das Vorverfahren zurück. Es liegt auf der Hand, dass je grösser der Apparat des urteilenden Gerichtes und je schwerer der Straffall, um so grössere Anforderungen an die Vorbereitung der Sache zu stellen sind.

Darum ist, wie schon unter der alten Prozedur (Art. 89a StV), eine richterliche Voruntersuchung in Geschwornenfällen obligatorisch.[1]) In diesen Fällen wird die gerichtliche Strafverfolgung gemäss Art. 88 durch Einleitung einer solchen Voruntersuchung eröffnet, der folgende Aufgaben zukommen (Art. 89).

1. Die Sammlung der Beweise für die Entscheidung der Ueberweisungsfrage,
2. die Sicherung der Beweismittel,
3. die Vorbereitung der Hauptverhandlung.

Die Voruntersuchung ist nicht den Geschwornenfällen eigentümlich, sie ist ebenso in Amtsgerichtsfällen obligatorisch und wird sogar ausnahmsweise auch in einzelrichterlichen Fällen durchgeführt. Es ist hier darum auf die Voruntersuchung nicht näher einzutreten. Hervorzuheben ist lediglich, dass der geltende Strafprozess die Voruntersuchung modernisiert hat, indem er mit der polizeilichen Generalinquisition aufgeräumt und den notwendigsten polizeilichen Ermittlungen sofort die gerichtliche Anhandnahme der Strafverfolgung treten lässt (Art. 79 ff). Des weiteren sind die Parteirechte des Angeschuldigten bedeutend ausgebaut worden (Art. 95 ff).

In Jurysachen besteht nicht nur ein materielles und formelles Verteidigungsrecht des Angeschuldigten, sondern die formelle Verteidigung ist, weitergehend als im bisherigen Recht (Art. 263), in allen Fällen obligatorisch,[2]) und zwar schon während der Voruntersuchung und des Ueberwei-

---

[1]) Vgl. § 178 deutsches STV.

[2]) Vgl. auch§ 140 deutsche StPO, Art. 294 c. crim. franç., § 915 zürch. Rechtspflegeges. u. a. m.

sungsverfahrens, soforn nicht offensichtlich eine Ueberweisung an das Geschwornengericht (oder an die Kriminalkammer) nicht erfolgen wird (Art. 41).

Bestellt der Angeschuldigte keinen Verteidiger, oder lehnt der Bestellte ab, so bezeichnet der Richter einen amtlichen Verteidiger aus der Zahl der im Kanton Bern praktizierenden Anwälte. Zuständig zur Ernennung ist der Richter oder Präsident des Gerichtes, bei welchem die Sache im Zeitpunkt der Ernennung hängig ist (Art. 42, III).

Die Voruntersuchung in Fällen, die mit Zuchthaus bedroht sind, ist ferner durch eine intensivere Berücksichtigung der Staatsanwaltschaft charakterisiert. Schon von der Anzeige solcher Verbrechen hat der Untersuchungsrichter dem Bezirksprokurator sofort Kenntnis zu geben (Art. 87, ebenso Art 90 GO).

Erachtet der Untersuchungsrichter die Voruntersuchung für vollständig, so spricht er ihren Schluss aus, jedenfalls aber nicht bevor den Parteien Gelegenheit gegeben wurde, die in den Art. 96 und 97 ihnen reservierten Rechte (Akteneinsicht, Anträge auf Beweismassnahmen, Verkehr mit dem Verteidiger) auszuüben. Der Schluss der Voruntersuchung wird den Parteien zur Kenntnis gebracht. Dem Bezirksprokurator wird in den Geschwornenfällen schon vom bevorstehenden Aktenschluss Kenntnis gegeben (Art. 183).

Gemäss Art. 90 GO können die Bezirksprokuratoren, die jederzeit Akteneinsicht haben und allen Untersuchungshandlungen beiwohnen dürfen, auch jederzeit beim Untersuchungsrichter die geeigneten Anträge stellen.[3]) Sie können also vor dem Aktenschluss auf Grund dieser Mitteilung noch Ergänzungen der Untersuchung anordnen.

Ist der Aktenschluss ausgesprochen, so hat der Bezirksprokurator keine weitere Ingerenz mehr. Hingegen ist das schon nach altem Verfahren (Art. 246) dem Angeschuldigten zustehende Recht auf Einreichung einer Verteidigungsschrift erhalten worden.[4]) Gemäss Art. 192 kann der Angeschuldigte

---

[3]) Vgl. Art. 22 BStP.

[4]) Die Verteidigungsschrift ist keine spezifisch bernische Einrichtung. Zürich kennt z. B. Rechtseinwendungen gegen die Zulassung der Anklage

binnen acht Tagen nach Empfang der Mitteilung über den Aktenschluss in einer Eingabe an den Untersuchungsrichter „die Ergebnisse der Untersuchung erörtern". Zu diesem Zwecke ist Akteneinsicht dem Anwalt und, so weit keine Nachteile zu befürchten sind, sogar der Partei persönlich gestattet.

Erweitert wurde die Befugnis, eine Parteischrift einzureichen, auch auf den Privatkläger.

Die Verteidigungsschrift ist von um so grösserem Wert, als der Verteidiger nach geltendem Recht eine ausgiebige Aktenkenntnis hat.

In seiner Verteidigungsschrift kann der Angeschuldigte die bessere Aufklärung des Sachverhaltes verlangen, die Beseitigung von Formgebrechen, ferner geltend machen, dass die ihm zur Last gelegte Tat keine strafbare Handlung bilde, dass es an genügenden Verdachtgründen fehle, dass Straf- und Schuldausschliessungsgründe vorliegen, dass der Strafantrag des Antragsberechtigten fehle u. dergl. m.

2. *Das Ueberweisungsstadium und die Vorbereitung der Hauptverhandlung.*

Nach wie vor (vgl. Art. 241 a. StV) ist die Entscheidung der Ueberweisungsfrage in Geschwornengerichtsfällen in die Hand einer einzigen richterlichen Behörde für den ganzen Kanton gelegt worden, der Anklagekammer (Art. 192 ff).[5]) Sie ist ein aus drei Mitgliedern des Obergerichtes zusammengesetztes Gericht (Art. 295). Der Umstand, dass nicht die untersuchende Behörde es ist, die den Entscheid trifft, sondern eine höhere richterliche Instanz, sozusagen eine Oberuntersu-

---

(§ 916/2), der neueste kantonale Strafprozess, derjenige von Basel-Stadt (v. 15. Okt. 1931) kennt eine Einsprache gegen die angekündigte (aber noch nicht abgefasste) Anklage (§ 152), die einen ähnlichen Charakter hat, nämlich keinen Rechtsmittelcharakter, weil sie nicht eine gerichtliche Entscheidung voraussetzt, gegen welche sie sich richtet. Vgl. dagegen den Einspruch gegen die Anklageschrift im österreichischen Strafprozess (§ 208), der Rechtsmittelcharakter hat, Ullmann, Lehrb. d. österr. Strafpr. (1882), S. 794. Der deutsche Strafprozess kennt eine solche Einrichtung nicht, Birkmeyer, S. 607.

[5]) Vgl. die Ueberweisungsbehörde des neuen StV Basel-Stadt § 157 ff.

chungsbehörde, erhöht die Garantie für eine gerechte Entscheidung und sichert andererseits eine gewisse Einheitlichkeit der Ueberweisungspraxis.

Die Anklagekammer fasst ihren Beschluss in nicht öffentlicher Sitzung nach Anhörung des Generalprokurators über jede entscheidende Frage (Art. 194). Schon vor der Sitzung werden dem Generalprokurator die Akten zugestellt, die sodann mit dessen schriftlichem Antrag bei den Mitgliedern der Kammer in Umlauf gesetzt werden (Art. 193). Die Kammer hat jedenfalls als Unterlage für ihren Entscheid nicht nur die Untersuchungsakten, sondern auch die Parteianträge, insbesondere die ausführlicheren Darlegungen der Verteidigung.

Eine Präponderanz der Staatsanwaltschaft besteht wie während der Voruntersuchung auch noch in diesem Stadium, indem der Generalprokurator den Sitzungen der Anklagekammer persönlich beiwohnt und von derselben über jede entscheidende Frage abzuhören ist. Diese Einseitigkeit erscheint kaum gerechtfertigt, nachdem die Staatsanwaltschaft gemäss Art. 90 GO bereits während der Voruntersuchung jederzeit Akteneinsicht hat, jeder Untersuchungshandlung beiwohnen und alle ihr geeignet erscheinenden Anträge stellen darf.[6])

Hingegen wurde eine kontradiktorische mündliche Verhandlung vor der Anklagekammer mit Recht abgelehnt, weil sie nicht nur eine Verschleppung bedeuten, sondern in der Praxis auch zu eigentlichen Plaidoyers führen würde, die der Hauptverhandlung vorgreifen. Ueberdies bestünde die Gefahr, dass die Ueberweisung auf Grund einer solchen Verhandlung eine starke Präsumtion für die Schuld des Ueberwiesenen schaffen könnte.[7])

Der Entscheid der Anklagekammer hat rasch zu erfolgen: „Der Präsident ... hat darauf zu achten, dass die Kammer ohne Verzug den Beschluss fasst" (Art. 193/2). Der Beschluss kann entweder sofort die Ueberweisungsfrage entscheiden, oder zunächst eine Ergänzung der Untersuchung anordnen, und zwar von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei. In die-

---

[6]) Basel-Stadt (StV v. 1931) beschränkt sich auf die schriftliche Vernehmlassung der Staatsanwaltschaft (§ 155).

[7]) Thormann, Rev.-Ber. 1906, S. 21.

sem Falle stehen wieder zwei Möglichkeiten offen: die Kammer nimmt die Ergänzung selber vor, oder, wenn dies nicht möglich ist, schickt sie die Sache an den Untersuchungsrichter zurück. Dieser hat nicht nur die angeordnete Ergänzung vorzunehmen, sondern nach deren Vornahme nochmals den Parteien Gelegenheit zur Ausübung ihrer Parteirechte im Sinne der Art. 183 ff zu geben.

Erweist sich eine Ergänzung nicht als notwendig, so fällt die Kammer den Entscheid in der Ueberweisungsfrage selbst. Dieser lautet entweder auf Aufhebung der Untersuchung, wenn keine strafrechtlich verfolgbare Handlung vorliegt (Arg. aus Art. 184/2), oder die Belastungstatsachen ungenügend sind, sonst auf Ueberweisung. Im letzteren Falle eröffnen sich wieder drei Möglichkeiten: Ueberweisung an die Kriminalkammer bei Vorliegen der bereits (I. 2.) erörterten Voraussetzungen des Art. 198, Ueberweisung an das Amtsgericht bei Vorliegen der gleichfalls bereits erörterten Voraussetzungen des Art. 208, und Ueberweisung an das Geschwornengericht, wenn keine dieser Voraussetzungen zutrifft.

In jedem Falle ist gegen den Entscheid der Kammer ein strafprozessuales Rechtsmittel unzulässig (Arg. aus Art. 191).[8])

Der vom Präsidenten und vom Gerichtsschreiber unterzeichnete Ueberweisungsbeschluss der Anklagekammer bezeichnet den Angeschuldigten, die ihm zur Last gelegte Tat, unter möglichst genauer Angabe von Zeit und Ort der Ausführung, sowie des Geschädigten, die Bestimmungen des Strafgesetzes und das Gericht, an welches überwiesen wird. Der Beschluss enthält ferner eine Verfügung darüber, ob ein verhafteter Angeschuldigter in Haft zu belassen oder aus der Haft zu entlassen, bezw. ob ein nicht verhafteter Angeschuldigter in Haft zu setzen ist (Art. 208).

Der Beschluss wird mit den Akten in der für die Eröffnung nötigen Zahl von Ausfertigungen dem Untersuchungsrichter zurückgesandt, der ihn den Parteien und dem Bezirksprokurator des Geschwornenbezirkes zustellt, letzterem unter Beischluss der Akten (Art. 197). Unter „Parteien" sind der Angeschuldigte und der Privatkläger zu verstehen, dem Anzeiger wird

---

[8]) Vgl. § 210 deutsch. StV, § 160 Basel-Stadt, Art. 42 BStP.

der Beschluss nur mitgeteilt, sofern er durch denselben beschwert ist (Art. 186/1).

Wie schon im alten Strafverfahren (Art. 261) hat der Bezirksprokurator nach Empfang des Ueberweisungsbeschlusses eine Anklageschrift abzufassen. Sie hat den Zweck, dem zum Teil aus Geschwornen zusammengesetzten Gericht den Ueberblick über den Verhandlungsgegenstand zu erleichtern.[9]) Sie ist demgemäss kurz und schematisch zu halten, indem sie lediglich den Gegenstand der Anklage und die Umstände bezeichnet, unter welchen die strafbare Handlung begangen sein soll. Sie schliesst mit dem Satz, in welchem die gegen den Angeschuldigten erhobene Anklage genau umschrieben wird. Hingegen darf sie weder Rechtserörterungen enthalten, noch Hinweise auf bestimmte Beweismassnahmen der Voruntersuchung (z. B. Anführung von Zeugenaussagen usw.), um eine vorzeitige Beeinflussung der Geschwornen zu vermeiden (Art. 268).

Die Anklageschrift in dieser reduzierten Gestalt ist offenbar nicht mehr dazu angetan, die Grundlage des ganzen Hauptverfahrens zu bilden. Diese bildet vielmehr der Ueberweisungsbeschluss, was insbesondere daraus hervorgeht, dass dieser neben der Anklageschrift verlesen wird (Art. 286) und dass bei der Frage der Ausdehnung der Strafverfolgung während der Hauptverhandlung auf den Ueberweisungsbeschluss und nicht auf die Anklage abgestellt wird (Art. 290).[10]) Ersterer ist es auch, der den Parteien zugestellt wird (Art. 197), während die Anklageschrift mehr internen Charakter hat. Sie wird mit den Akten dem Untersuchungsrichter zugestellt. Dem Verteidiger und dem Privatkläger wird nur Gelegenheit gegeben, die Akten einzusehen (Art. 268, V).

Zugleich mit der Anklageschrift stellt aber der Bezirksprokurator auch seine Beweisanträge, wie denn auch dem Verteidiger und Privatkläger Gelegenheit gegeben wird, binnen fünf Tagen die ihrigen zu stellen (Art. 268, IV. VI.). In sinngemässer

---

[9]) Erl. 1926, S. 11. Die Anklageschrift kennt auch der BStP, Art. 35, eine Reihe von Kantonen, z. B. Zürich, § 916, Basel-Stadt (1931), § 162, Oesterreich, § 207 StPO, nicht aber Deutschland, wo das Gericht (Reichsgericht, Oberlandesgericht oder Landgericht) nur einen Eröffnungsbeschluss fasst (§ 207 StP).

[10]) Annäherung an das deutsche StV (§§ 207, 266).

Anwendung des Art. 231, auf welchen Art. 268 verweist, hat der Präsident der Kriminalkammer, dem die Akten nach Ablauf von spätestens fünf Tagen zugestellt werden, die Erheblichkeit der Beweisanträge zu prüfen und nach freiem Ermessen zu entscheiden. Doch hindert die Abweisung von Anträgen nicht ihre Wiederholung in der Hauptverhandlung.

Der Privatkläger hat im Sinne des gleichen Artikels, sofern seine Beweisanträge nur für den Zivilpunkt von Bedeutung sind, einen vom Richter zu bestimmenden Prozesskostenvorschuss zu leisten. Es entspricht dies den Art. 184, 198 und 214 ZPO.

Der Präsident der Kriminalkammer bestimmt den Tag der Eröffnungssitzung und ladet zu demselben die Geschwornen und die Parteien, indem er ihnen die Ladungen wenigstens acht Tage vorher zustellen lässt (Art. 269). Ueber Verschiebungsgesuche der Parteien entscheidet die Kriminalkammer (nicht der Präsident allein) nach freiem Ermessen (Art. 270). Ist der Angeschuldigte verhaftet, so wird er 4 Tage vor der Eröffnungssitzung an den Sitzungsort geführt und ihm daselbst vom Untersuchungsrichter dieses Ortes die Anklageschrift und die Liste der vorgeladenen Zeugen und Sachverständigen drei Tage vor der Verhandlung mitgeteilt (Art. 271).

III. Die Hauptverhandlung

1. Allgemeines.

Mit der Neugestaltung des Geschwornengerichtes als einheitlichem Gerichtshof wurden die meisten Eigenheiten des Geschwornenverfahrens als entbehrlich fallen gelassen, wie die Organisierung der Geschwornenbank als Kollegium mit einem Obmann an der Spitze, die Fragestellung, der Sonderentscheid über die Schuldfrage, die doppelten Plaidoyers, die Rechtsbelehrung und die gesonderte Entscheidung der Straffrage.

Die Hauptverhandlung konnte vielmehr im wesentlichen gleich geordnet werden wie diejenige vor dem Amtsgericht. Als hervorstechende Besonderheit blieb jedoch vor allem die Bildung des Geschwornengerichtes selbst, die sich in der Eröffnungssitzung vollzieht (Art. 272 ff) und die bereits (I. 3.) dargelegt wurde. Sie ist zugleich ein Teil der Hauptver-

handlung, trotzdem sie im Gesetz aus systematischen Rücksichten unter dem Titel „Die Vorbereitung der Hauptverhandlung“ (Art. 268—282) behandelt wird.

Eine weitere Eigenheit bildet die Stellung des Präsidenten des Geschwornengerichtes. Ausser der Leitung der Verhandlungen und der Sitzungspolizei (Art. 46, 47), ist ihm gemäss Art. 283 eine verstärkte Prozessleitungsbefugnis eingeräumt, die im früheren StV (Art. 414, 415) sogenannte „diskretionäre Gewalt“. Sie soll der möglichsten Vermeidung von Unterbrechungen dienen und besteht darin, dass der Präsident aus eigener Machtvollkommenheit „jede ihm zur Entdeckung der Wahrheit zweckmässig scheinende gesetzliche Massregel anordnen und während der Verhandlung jede Person, wenn nötig durch einen Vorführungsbefehl, zum Zeugnis aufrufen oder jedes neue Beweismittel beibringen lassen kann.“

Die diskretionäre Gewalt (discretionary power) ist dem englischen Recht bekannt, wo das Schwergewicht der Tätigkeit des Assisenrichters (des einzigen Berufsrichters) in der Handhabung dieser Gewalt liegt,[1]) wurde aber besonders im französischen Recht ausgebildet. Sie erscheint im Art. 268 c. crim. als eine schrankenlose: „Le président est investi d'un pouvoir discrétionaire, en vertu duquel il pourra prendre sur lui tout ce qu'il croira utile pour découvrir la verité.“ Art. 269 c. crim. zieht aber dann die Grenzen dieser Gewalt: Ausübung nur während der öffentlichen Verhandlung, Anordnung der Herbeischaffung neuer Beweismittel und deren Vorführung, wenn im Laufe der Verhandlung neue Tatsachen behauptet worden sind, ferner darf der Präsident Personen, die er kraft diskretionärer Gewalt einvernimmt, nicht beeidigen.[2])

Darnach geht die diskretionäre Gewalt des Präsidenten nach Art. 283 des bernischen StV über diejenige des französischen hinaus, indem er auch aus Tatsachen, welche schon vor der Hauptverhandlung bekannt waren oder während der Hauptverhandlung nicht von irgend einer Seite behauptet worden sind,

---

[1]) Best, Grundzüge d. engl. Beweisver. 92 ff; Mittermaier, D. engl., schott. und nordam. Strafverf., S. 305 ff.

[2]) Delpech, La procedure et le droit crim. en cour d'assises, p. 98.

Veranlassung zur Anordnung von Beweiserhebungen nehmen kann.[3]) Es fehlt hingegen nicht die dem französischen und österreichischen Recht eigentümliche Beschränkung, dass die Ausübung dieser Gewalt nur während der Hauptverhandlung zulässig ist. Nur die Beschränkung fehlt, dass die Herbeischaffung der Beweismittel lediglich zulässig ist, insoweit sie eine Vertagung nicht notwendig macht und dass die aufgerufenen Personen nicht beeidigt werden dürfen. Den Zeugeneid kennt das geltende StV nicht mehr.

Das französische Recht behandelt ferner die diskretionäre Gewalt des Präsidenten als etwas von der Gewalt des Geschwornengerichtes wesentlich Verschiedenes und kennt bei Ablehnung von Beweisanträgen durch den Präsidenten eine Berufung an den Schurgerichtshof. Auch das österreichische StV kennt einen Entscheid des Kollegiums, wenn der Vorsitzende einem Antrag nicht stattgibt, wahrt aber die Einheit der richterlichen Gewalt insoweit, als das Kollegium sofort ohne neuerlichen Parteiantrag entscheidet, sobald der Präsident abgelehnt hat.[4])

Das bernische StV kennt eine solche mittelbare oder unmittelbare Berufung vom Präsidenten an das Gericht nicht, es vermeidet Widersprüche zwischen einer Entscheidung des Vorsitzenden und des Gerichtes, die nicht gerade zur Erhöhung der Autorität des Gerichtes beitragen. Vielmehr wird eine reinliche Teilung der Kompetenzen zwischen Präsident und Gericht dergestalt durchgeführt, dass der Präsident ohne Berufungsmöglichkeit an das Gericht alle Beschlüsse fasst, für welche nicht eine Gerichtsentscheidung vorgesehen ist (Art. 283, I). Das Nähere erhellt aus den weiteren Darlegungen über das Hauptverfahren.

Eine Eigenheit der Hauptverhandlung vor den Geschwornen bildet die Einrichtung, dass die Verhandlung von neuem begonnen werden muss, wenn sie länger als dreimal 24 Stunden unterbrochen wurde.[5]) Ferner ist das Prinzip ausdrücklich ausgesprochen, dass die Verhandlung wenn möglich ohne Unterbrechung durchgeführt werden soll, von den notwendigen

---

[3]) So auch §§ 254 und 252 österr. StPO.

[4]) §§ 229, 234 u. s. w., vgl. auch Lohsing, S. 468.

[5]) Ebenso § 229 deutsches StV.

Erholungspausen abgesehen (Prinzip der Konzentration, Art. 288).[6])

Bei Nichtigkeitsfolge darf ferner in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft oder des Verteidigers nicht verhandelt werden, ausser wenn das Gericht die Gründe der Abwesenheit als ungenügend erklärt (Art. 285). Diese Vorschrift steht mit dem Institut der Anklage und der notwendigen Verteidigung vor der Jury im Einklang.

2. Eröffnung.

Die Sitzung wird vom Präsidenten des Geschwornengerichtes eröffnet, der zunächst feststellt, ob der Angeschuldigte, die übriger „Parteien", d. h. im Sinne des Art. 39 der Privatkläger und der Staatsanwalt, ferner im Sinne des Art. 285 der Verteidiger, trotzdem er nicht Partei ist, schliesslich die vorgeladenen Zeugen und Sachverständigen anwesend seien (Art. 284).

Die Anwendbarkeit des Art. 234—237 ist ausdrücklich erklärt (Art. 284, II.). Darnach haben der Angeschuldigte und der Privatkläger wohl persönlich zu erscheinen, können sich aber bei Verhinderung durch Alter, Krankheit, allzugrosse Entfernung oder aus anderen erheblichen Gründen durch Anwälte vertreten lassen (Art. 235, I). Vertretung durch andere Personen (z. B. Verwandte, Angestellte) ist somit ausgeschlossen.[7]) Das Gericht kann einer Partei durch prozessleitende Verfügung Verteidigung durch mehrere Anwälte gestatten.[8]) Auf die Vollmacht finden nunmehr gemäss Art. 45 die Bestimmungen der ZPO Anwendung.

Als ausgeblieben gilt eine Partei, die trotz gesetzmässiger Ladung nicht erschienen ist[9]) Das Ausbleiben hindert im Prinzip nicht die Fortsetzung der Verhandlung, wenn festgestellt ist, dass die „einleitenden Schritte zur Verhandlung", also insbesondere die Ladungen, in gesetzlicher Weise erfolgt sind (Art.

---

[6]) Vgl. § 226 deutsches StV.

[7]) Z 36, 557.

[8]) Z 43 155.

[9]) Verlassen des Sitzungssaales während der Verhandlung gilt nicht als Ausbleiben: Z 43, 575.

236, I).[10]) Ist letzteres nicht der Fall, so wird die Verhandlung verschoben. Sie kann aber auch verschoben werden, wenn das Gericht die persönliche Anwesenheit des Angeschuldigten oder des Privatklägers für notwendig hällt. Statt einer Verschiebung kann bei unentschuldigtem Ausbleiben ein Vorführungsbefehl gegen den Angeschuldigten oder den Privatkläger erlassen werden (Art. 236, I), unbeschadet der Bestrafung des unentschuldigten Ausbleibens gemäss Art. 47, II (Art. 236, IV).

Demgemäss kann gegen den ordnungsmässig geladenen Angeschuldigten ein Kontumazurteil ergehen, selbst wenn von der Möglichkeit einer Vorführung kein Gebrauch gemacht wurde. Ueber die Anträge des ausgebliebenen Privatklägers, der bereits Zivilanträge gestellt hat (Art. 43), ist zu urteilen, auch wenn er nicht erschienen und nicht vertreten ist. Die Zivilklage ist in diesem Falle rechtshängig und eine Auslegung des Ausbleibens des Klägers als Verzicht kennt das StV nicht.[11])

Die Verhandlung kann auch fortgesetzt werden, wenn der Angeschuldigte oder der Privatkläger in Anwendung der Sitzungspolizei und nach zweimaliger Warnung von der Sitzung ausgeschlossen wird, nachdem sie auf diese Möglichkeit aufmerksam gemacht worden sind (Art. 237, III).[12])

Gegen Zeugen und Sachverständige, die ohne genügende Entschuldigungsgründe ausbleiben, kann der Präsident einen Vorführungsbefehl erlassen, was natürlich nur bei Ortsanwesenheit von praktischer Wirksamkeit sein kann. Ausserdem können sie gemäss Art. 47, II, bestraft und zu den durch ihr Ausbleiben verursachten Staats- und Parteikosten verurteilt werden. Bei nachträglicher genügender Rechtfertigung ihres Ausbleibens werden ihnen Bussen und Kosten wieder abgenommen (Art. 237, II, III).

Hierauf macht der Präsident die Zeugen auf ihre Zeugnispflicht aufmerksam und ermahnt sie, die ihnen vorgelegten

---

[10]) Ein Kontumazialverfahren ist nach BStP zulässig (Arg. aus Art. 65). Deutschland kennt ein solches nicht (§ 230 StP).

[11]) Z 39, 416.

[12]) Ebenso § 231, wenn die Vernehmung des Angeschuldigten bereits erfolgt ist.

Fragen nach bestem Wissen und Gewissen zu beantworten. Sie ziehen sich sodann in das Wartezimmer zurück, wo sie bis zu ihrer Abhörung oder ihrer Entlassung verbleiben (Art. 237, IV).

Nachdem sich die Zeugen zurückgezogen haben, lässt der Präsident den Ueberweisungsbeschluss und die Anklageschrift vom Gerichtsschreiber verlesen (Art. 286). Die Zeugen sollen durch diese Verlesung nicht beeinflusst werden. Die zu den einleitenden Handlungen gehörige Verlesung bezeichnet hingegen den Geschwornen den Gegenstand der Hauptverhandlung und bereitet sie dadurch auf die Verhandlung selbst vor.[13])

Zu den einleitenden Akten gehören ferner die Vorfragen, (Art. 287, I) deren Gegenstand die sogenannten Prozessvoraussetzungen sind, d. h. „jeder Mangel einer Voraussetzung der Strafverfolgung oder der Zivilklage (Verjährung u. dergl.) und andere Mängel und Hindernisse des Verfahrens" (Art. 238, III). Beispiele von Vorfragsbegehren sind: Bestreitung der Prozessfähigkeit des Privatklägers,[14]) Einrede der res judicata, Begehren um Einstellung nach Art. 5 (Tod des Angeschuldigten, Verjährung, Bestreitung der Vollmacht des Vertreters, Einrede des mangelnden Strafantrages u. dergl. m.).

Einreden betreffend die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichtes scheiden gemäss Art. 239 aus, da die Sache durch Beschluss der Anklagekammer überwiesen ist. Auch Nichtigkeitsbegehren gegen Voruntersuchungshandlungen können nicht vorgebracht werden, da eine Ueberprüfung der Voruntersuchung nicht mehr stattfindet, sobald eine Ueberweisung durch die Anklagekammer erfolgt ist.[15])

---

[13]) Kleinfeller in Schöffen- und Schwurgericht, S. 158, vgl. auch § 243 deutsches StV.

[14]) Die Prozessfähigkeit richtet sich nach ZGB; vgl. über die Prozessfähigkeit der Ehefrau Z 49, 236; des Unzurechnungsfähigen Z 46, 148; des minderjährigen Kindes, das gegen seinen Vater auftritt M 14, 157; Z 41, 328; Z 42, 43 und 502; des nicht mündigen Angeschuldigten als Zivilbeklagten, Z 42, 43 und 502 bezw. 557. Ausschluss des Privatklägers von der Verhandlung wegen mangelnder Handlungsfähigkeit präjudiziert nicht der Geltendmachung seiner Zivilansprüche vor dem Zivilrichter (Art. 240).

[15]) Diese Annahme drängt sich als Analogieschluss aus Art. 304 II auf. Da selbst die umfassende Nachprüfung, wie sie die Appellation dar-

Die Prozessvoraussetzungen hat übrigens das Gericht von Amtes wegen zu prüfen. Ausserdem hat der Präsident zu Beginn der Verhandlungen auch noch die Parteien anzufragen, ob sie eine Vorfrage aufzuwerfen haben (Art. 238, I).

Treten Mängel und Hindernisse erst im späteren Verlaufe der Hauptverhandlung auf, oder werden sie erst dann bekannt, so sind sie bei erster Gelegenheit, d. h. sobald einer Partei diese Möglichkeit gegeben ist, als Zwischenfragen geltend zu machen, und zwar unter der Sanktion, dass Nichtgeltendmachung als Verzicht auf dieses Parteirecht angesehen wird (Art. 238, III).

Soweit es sich um Mängel handelt, die von Amtes wegen zu berücksichtigen sind, hindert aber der Verlust des Parteirechtes nicht die Prüfung und Beurteilung durch das Gericht.

Zwecks Geltendmachung von Vorfragen ist den anwesenden Parteien das Wort zu einem einmaligen Vortrag zu erteilen (Art. 238, V).

Ueber Vor- und Zwischenfragen entscheidet das Gericht (Art. 287, III). Um Vorfragen nicht zur Prozessverschleppung zu missbrauchen, beschränkt das geltende StV im Gegensatz zum alten die selbständige Anfechtung mit Nichtigkeitsklage. Sie wird nur dann zugelassen, wenn das Verfahren durch das Urteil in der Vor- und Zwischenfrage vor dem Geschwornengericht seinen Abschluss gefunden hat. In diesen Fällen muss ferner die Nichtigkeitsklage sofort nach der mündlichen Eröffnung des Urteils (seitens abwesender Parteien seit Mitteilung) erklärt werden, die Begründungsschrift kann binnen zehn Tagen nachgetragen werden. Sonst kann die Nichtigkeitsklage erst mit der Anfechtung des Endurteils verbunden werden (Art. 207, III und IV).[16])

---

stellt, vor der Voruntersuchung halt zu machen hat, die bereits die Anklagekammer als höhere Untersuchungsbehörde überprüft hat, so ist dies umsomehr für die Nichtigkeitsklage anzunehmen, die zum voraus ein beschränkteres Gebiet hat.

[16]) Vgl. Art. 14, 74, 197, 289, 299, 327 I u. a. m. ZPO und Kap. III B.2. dieses Teiles.

3. Beweisverfahren.

Das Beweisverfahren wird nicht wie im Zivilprozess durch Beweisbeschlüsse eingeleitet, die Beweisthema und Beweismittel präzisieren.[17]) Vielmehr wird dasselbe direkt durch die Abhörung des Privatklägers und des Angeschuldigten begonnen und durch die Einvernahme der Zeugen, Sachverständigen, durch Urkunden, eventuell durch Vornahme eines Augenscheins fortgesetzt (Art. 242 ff).

Was als gesetzliches Beweismittel zu gelten habe, ist im StV nicht mehr aufeinanderfolgend aufgezählt. Es werden jedoch als solche im einzelnen behandelt: das Geständnis, Zeugen, Augenschein, Sachverständige, Urkunden. Der Mangel einer Aufzählung einerseits und das Prinzip der freien Beweiswürdigung andererseits (Art. 254) lassen auch Indizienbeweise nicht als unzulässig erscheinen.[18])

Das Beweisverfahren weist vor GG keine besonderen Eigenheiten auf, als dass sich auch die Geschwornen durch Fragestellung beteiligen können. Es wird darum in Art. 289 einfach auf die Art. 242—250 des allgemeinen Verfahrens verwiesen. Nichtsdestoweniger wird durch die eingreifende diskretionäre Gewalt des Präsidenten das Beweisverfahren vor GG nicht unbedeutend beeinflusst. Die Herrschaft über die Stoffsammlung ist verstärkt und konzentriert.

Im einzelnen ist hervorzuheben: Der Abhörung des Angeschuldigten geht diejenige des Privatklägers vor. Das Gesetz spricht nach neuerer Terminologie auch noch in diesem Stadium vom „Angeschuldigten" (Art. 290, 295, 296), hingegen ist in Art. 293 noch die alte Bezeichnung „Angeklagter" stehen geblieben. Auch der Anzeiger kann vor dem Angeschuldigten abgehört werden (Art. 242).[19]) Die Vernehmungen sind ausschliesslich dem Präsidenten anvertraut. Es ist anzunehmen, dass die Vernehmung des Privatklägers und besonders des Angeschuldigten nach den nämlichen Grundsätzen wie in der Voruntersuchung zu erfolgen habe, wenn es auch auffallend ist,

---

[17]) Vgl. hingegen Leuch N 2 zu Art. 197 ZPO.

[18]) Vgl. Krebs N 3 zu Art. 254.

[19]) Der Anzeiger kann auch als Zeuge abgehört werden; Z 44, 693.

dass nur bei den Zeugen auf Art. 136 ff (Voruntersuchung) verwiesen wird, während bei der Abhörung der Parteien ein solcher Hinweis fehlt.

Ausdrücklich hervorgehoben wird, dass der Präsident bei diesem Anlass Kenntnis von dem wesentlichen Inhalt der Anzeige gibt (Art. 242/1). Es ist dies eine Konsequenz des Prinzipes der Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung. Wir werden sehen, dass der Präsident von Anfang an vom Gesetz zum Organ des Strebens gemacht wird, den Inhalt der geschriebenen Akten der Voruntersuchung mit den Ergebnissen der Verhandlung zu vergleichen. Diese Abschwächung der Unmittelbarkeit der Verhandlung ist gesetzlich gewollt, sie soll eine Abklärung von Widersprüchen zwischen Vor- und Hauptverfahren bringen und dadurch der Klärung des Verhandlungsstoffes und der Wahrheitsermittlung dienen.

Die Geschwornen erfahren so die wesentlichen Ergebnisse des Vorverfahrens, nicht einseitig als Belastungsmaterial, sondern geklärt durch das kontradiktorische Verfahren. Wie die Abhörung des Angeschuldigten in der Voruntersuchung sich auf alle belastenden und entlastenden Umstände zu erstrecken hat (Art. 108), so ist sicherlich auch die Abhörung des Angeklagten in der Hauptverhandlung auf alle diese Umstände zu erstrecken, wobei der Präsident dem Angeklagten zwar nicht vorhalten darf, was durch Augenschein und Gutachten, Zeugen und Mitbeschuldigte ermittelt worden ist, da das eigentliche Beweisverfahren erst nachzufolgen hat, wohl aber gemäss Art. 249, Ziff. 3, was der Angeschuldigte selbst im Vorverfahren ausgesagt hat.[20])

Für die Vernehmung des Angeklagten vor dem eigentlichen Beweisverfahren spricht, dass sie gegenüber dem verlesenen Ueberweisungsbeschluss, der Anklageschrift und der Verneh-

---

[20]) Vgl. auch § 254 deutsch. StV. Glaser I 639, v. Kries, S. 339 und Ullmann, S. 388, erklären Vorhalte aus den Akten des Vorverfahrens in der Hauptverhandlung für unzulässig. Aber jeder Vorhalt eines in der Voruntersuchung gewonnenen Verdachtsmomentes ist Vorhalt aus den Akten. Vgl. auch Kleinfeller in Schöffen- und Schwurgericht I 159, RGE 15, S. 100; 25 S. 29; 35 S. 164. Nach dem bernischen StV sind Zweifel in dieser Hinsicht durch Art. 249, Ziff. 3 vollends beseitigt. Vgl. auch Art. 88, lit. b Bundesrechtspflege.

mung des Privatklägers sozusagen die andere Seite bildet und einer einseitigen Beeinflussung besonders der Geschwornen-Mitglieder einigermassen entgegenwirkt. Andererseits ist zu bedenken, dass sehr gewichtige Momente für die Vernehmung des Angeklagten nach den Zeugen, Sachverständigen usw., kurz zum Schlusse des Beweisverfahrens sprechen.[21]) Die Unmittelbarkeit der Verhandlung wird in diesem Falle weniger durch Einmengung von Ergebnissen des Vorverfahrens getrübt, die Kräfte des Präsidenten werden nicht vorzeitig in dem Streben nach Erlangung eines Geständnisses erschöpft, ein solches ist nach der Zeugenaussagen, wenn sie stark belastend und überzeugend ausfallen, eher zu erwarten, sofern der Angeklagte nicht zum Voraus in den Widerspruch hineingetrieben wird.

Es kommen weitere Erwägungen hinzu. Dem Präsidenten wird es erschwert, den Eindruck der Objektivität zu wahren, wenn er ein Verdachtsmoment nach dem andern auf Grund der Untersuchungsakten dem Angeklagten vorzuhalten hat, damit er sich dagegen verteidige. Ein Geständnis des Angeklagten kann in diesem Zeitpunkte auch noch nicht auf seine Zuverlässigkeit überprüft werden.[22])

Die Geschwornen haben nach Art. 289 das Recht „an die aussagende Person", somit auch an den Angeklagten, Fragen zu stellen.[23]) In der Praxis macht der Geschworne von diesem Fragerecht, meist aus Aengstlichkeit, keinen Gebrauch.

Bei der Beweisaufnahme im engeren Sinne wird die Tätigkeit des Präsidenten durch Hereinziehung von Ergebnissen der Voruntersuchung in die Hauptverhandlung fortgesetzt. So oft in der Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen ein Wi-

---

[21]) So z. B. Bundesrechtspflege Art. 81; hingegen wie im bernischen Gesetz auch § 243 deutsch StV.

[22]) Gegen das Angeklagtenverhör überhaupt, Glaser, Kleine jur. Schriften I 411 ff, Weidlich, S. 60 ff, Kleinfeller, S. 190 ff. Das frühere deutsche Recht hatte das Präsidentenverhör beseitigt, vgl. Oetker, S. 102, während das franz. (Art. 266, 293) und das österr. (§ 220) es kennen. Das Zürcher Rechtspflegegesetz stellt es dem Präsidenten anheim, den Angeklagten zu verhören (§ 962 II).

[23]) Für die Bundesstrafrechtspflege ist dieses Recht nur den Zeugen gegenüber hervorgehoben, Art. 72, ebenso § 240 deutsches StV. Die Vernehmung des Angeklagten ist nach deutschem Recht ausschliesslich Sache des Vorsitzenden (§ 238 I).

derspruch mit der früheren Aussage zu Tage tritt, greift der Präsident auf die Untersuchungsakten zum Zwecke der Abklärung zurück (Art. 249, Ziff. 3). Fraglich ist, ob dies auch geschehen kann, wenn ein Zeuge oder Sachverständiger in der Hauptverhandlung erklärt, dass er sich einer Tatsache nicht mehr erinnert. Wir glauben, dass auch in diesem Falle eine Verlesung stattfinden kann, da in dem nicht kontrollierbaren Vergessen ein Widerspruch gegenüber der bei der früheren Einvernahme vorhanden gewesenen Erinnerung liegt.[24])

Im übrigen lässt sich diese Befugnis aus Art. 249, Ziff. 2, ableiten, nach welcher Aktenverlesung zulässig ist, wenn eine Abhörung nicht nur wegen Todes, Krankheit, Landesabwesenheit, sondern auch aus anderen wichtigen Gründen nicht wiederholt werden kann.

Hingegen lässt sich die Verlesung nach Art. 249 nicht rechtfertigen, wenn ein Zeuge erst in der Hauptverhandlung von seinem Rechte der Zeugnisverweigerung Gebrauch macht.[25]) Die deutsche Praxis ist nicht davor zurückgeschreckt, in solchen Fällen mit der Vernehmung des Untersuchungsrichters vorzugehen.[26]) Dass dies ein noch schlechteres Surrogat ist, als die Aktenverlesung, wird jedoch von der herrschenden Meinung anerkannt.[27]) Die Erwähnung von Verlesungen im Verhandlungsprotokoll wird nicht gefordert.[28])

Der Kreis der zulässigen Verlesungen von Abhörungsprotokollen der Voruntersuchung in der Hauptverhandlung ist durch Art. 249 in erschöpfender Aufzählung der Fälle gezogen, wobei die bisherige Judikatur verwertet wurde.[29]) Ausser den bereits erwähnten Verlesungen zum

---

[24]) S. 91. Gegen die Hereinziehung des Vorverfahrens Kleinfeller S. 193, weil der Zeuge angesichts der Gefahr, in den Verdacht einer falschen Aussage zu kommen, der Versuchung ausgesetzt wird, seine frühere Aussage für die richtige zu erklären und die unmittelbare der mittelbar vorgeführten Aussage anzupassen.

[25]) Ausdrücklich § 252 deutsch. StPO.

[26]) RG 3 S. 449; 4 S. 271; 7 S. 278 u. a. m.

[27]) Beling Strafr. Abhdlg. H. 46 S. 24, Glaser I S. 546; v. Kries S. 337, Ullmann S. 476, Rosenfeld § 53, Anm. 10.

[28]) Anders § 255 deutsch. StV.

[29]) Z 35, 267; 40, 405; M XV 198.

Zwecke der Feststellung von Widersprüchen mit früheren Aussagen des Abgehörten (Ziff. 3), nicht mit Aussagen anderer Personen, sind folgende Fälle zugelassen:

a) Wenn in der Voruntersuchung Zeugen oder Sachverständige abgehört wurden, die voraussichtlich in der Hauptverhandlung nicht wieder abgehört werden, dabei die in Art. 98 vorgeschriebene Parteiöffentlichkeit- und Beteiligung beobachtet wurde, und die Abgehörten in der Hauptversammlung nicht anwesend sind (Ziff. 1).[30]) Nicht erwähnt ist, wie es mit Protokollen rogatorischer Abhörungen während der Hauptverhandlung bestellt ist. Nach Art. 244 bilden solche Abhörungen einen Teil der Hauptverhandlung. Die Richter werden solche Protokolle durch Akteneinsicht kennen lernen; eine Verlesung wird sich aber zur allgemeinen Kenntnisgabe rechtfertigen.

b) Wenn, abgesehen vom Falle Ziff. 1, die Abhörung in der Hauptverhandlung wegen Todes, Krankheit, Landesabwesenheit oder aus anderen wichtigen Gründen nicht wiederholt werden kann (Ziff. 2).[31]) Solche Gründe können beispielsweise sein: unbekannter Aufenthalt, unbegründete Zeugnisverweigerung. Die Verlesung kann sich auf Abhörung des nunmehr in contumaciam beurteilten Angeklagten beziehen, oder auf solche Mitschuldiger. Bei Kindern unter 15 Jahren muss in jedem Falle geprüft werden, ob die Abhörung in der Hauptverhandlung notwendig erscheint; sonst sind die Aussagen zu verlesen.

c) Wenn die abgehörten Personen selbst es verlangen (Ziffer 4).

d) Wenn die Parteien vor oder in der Hauptverhandlung auf die Abhörung verzichten, wobei der abwesende Bezirksprokurator (ein Fall, der bei Geschwornengerichten undenkbar ist) als zustimmend angesehen wird. Erfolgt der Verzicht vor der Hauptverhandlung, so kann die Ladung des Abzuhörenden unterbleiben, wenn der Präsident[32]) seine Anwesenheit nicht für notwendig erachtet (Ziff. 5).

---

30) Vgl. §§193 und 251 II deutsch. StV.

31) Ebenso § 251 I deutsch. StV., Art. 88 BStP.

32) „der Richter" bezieht sich auf das Gesamtgericht, allein die Ladungen zur Hauptverhandlung vor GG ergehen durch den Präsidenten der Kriminalkammer (Art. 269).

Es ist nicht angeordnet, dass die Verlesung eines Gerichtsbeschlusses bedarf,[33]) weil Art. 249 keine fakultative Vorschrift aufstellt, sondern unabänderlich anordnet, dass die genannten Protokolle verlesen werden, sobald die bezeichneten Voraussetzungen vorliegen. Allein die Parteien können das Vorliegen derselben bestreiten und sich gemäss Art. 249, III, der Verlesung widersetzen. Ein solcher Widerspruch wird nach ausdrücklicher Bestimmung als Aufwerfung einer Zwischenfrage angesehen, über die das Gericht (Gesamtgericht) entscheidet. Es ist bedeutsam für die Anfechtung im Nichtigkeitswege (vgl. oben unter 2).

Aus dieser Vorschrift folgt, dass die Anordnung der Verlesung den Parteien zunächst bekanntgegeben werden muss.

Ausser den Protokollen aus der Voruntersuchung werden noch verlesen: Augenscheinprotokolle, wenn der Augenschein nicht vom Richter im Hauptverfahren vorgenommen wurde, und Beweisurkunden, sofern nicht alle anwesenden Parteien darauf verzichten (Art. 248). Unter Beweisurkunden sind alle als Beweismittel dienenden Schriftstücke zu verstehen, also auch früher ergangene Strafurteile, Straflisten, Registerauszüge u. dergl. m.

Die Verlesung wird in der Regel der Gerichtsschreiber vornehmen. Doch ist dies nicht vorgeschrieben. Es kann dies somit auch der Vorsitzende oder ein Mitglied des Gerichtes tun. Wo es nicht auf den Wortlaut ankommt, dürfte auch eine kurze Inhaltsangabe genügen.[34])

Dass auch an Zeugen und Sachverständige die Geschwornen Fragen stellen können (Art. 289), würde schon aus Art. 247 folgen, nach welchem den „Mitgliedern des Gerichtes" ein Fragerecht zusteht. Diese Fragen müssen zwar wie diejenigen der Parteien durch den Gerichtspräsidenten gestellt werden, bedürfen aber sonst keiner besonderen Zulassung. Es kommt auch darin die Einheit des Gerichtes zum Ausdruck.

Hingegen entscheidet über Fragen der Parteien an die abgehörten Personen das Gericht (Art. 247),[35]) also unter

---

[33]) Wie z. B. § 251 III deutsch. StV.

[34]) Doerr, S. 185.

[35]) Das StV. bedient sich des Ausdruckes, „der Richter", weil das Hauptverfahren vor dem Amtsgericht und dem Einzelrichter in Art. 219 ff

Mitbeteiligung auch der Geschwornen-Mitglieder. Durch diese unmittelbare Mitwirkung werden die Geschwornen zur intensiveren Beteiligung an der Verhandlung herangezogen. Der Entscheid über die Zulassung einer Frage ist eine prozessleitende Verfügung,[36]) kein Zwischenurteil, an das das Gericht irgendwie gebunden wäre. Es kann daher auf einen ablehnenden Entscheid zurückkommen. Doch könnte unseres Erachtens der Präsident allein auf Grund seiner diskretionären Gewalt eine vom Gericht einmal abgelehnte Frage nicht ohne Wiederbefragung der übrigen Mitglieder wieder stellen. Er darf nach Art. 283 nur jede gesetzliche Beweismassregel treffen, sich mit einem Beschluss des Gerichtes in Widerspruch setzen, wäre aber kaum mehr gesetzlich. Das Gericht selbst, nicht einzelne Mitglieder, dürfen auf einen solchen Beschluss zurückkommen, sonst wäre es mit der Einheit des Gerichtes vorbei

Es fehlt eine Vorschrift, wie z. B. im Zürcher Rechtspflegegesetz § 362, III, nach welcher der Präsident dem Angeklagten Gelegenheit geben muss, sich über das gegen ihn durch den einzelnen Verhörten Ausgesagte zu äussern. Das Fragerecht allein kann dies nicht ersetzen. Doch steht es dem Präsidenten jedenfalls nach dem Sinne des Art. 283/2 zu, dem Angeklagten nach Erhebung eines jeden Beweismittels, soweit er es für notwendig erachtet, das Wort zu erteilen.

Ein Augenschein kann nach Art. 245 vom gesamten Gericht oder einer Abordnung von mindestens drei Mitgliedern vorgenommen werden. Trotz des grossen Apparates eines elfgliedrigen Gerichtes dürften Augenscheine in Jurysachen wohl kaum durch einen Gerichtsausschuss vorgenommen werden, da die eigenartige Zusammensetzung und Bedeutung des GG die Bildung eines solchen Ausschusses erschwert. Die blosse Verlesung eines Augenscheinprotokolls (Art. 248) gibt aber im Richten unerfahrenen Geschwornen nicht das anschauliche Bild, das ihner eine unmittelbare Ortsanwesenheit vermitteln kann.

Die Herrschaft des Präsidenten über die Stoffsammlung in der Hauptverhandlung wird durch eine Prozessleitungsbefug-

---

gemeinsam behandelt ist. Im Gegensatz dazu wird vom Gerichtspräsidenten gesprochen, wo Befugnisse diesem allein vorbehalten sind.

[36]) Z. 48, 441 .

nis im Verein mit seiner diskretionären Gewalt betätigt. Er hat bei Bestimmung der Reihenfolge, in welcher die Angeklagten zu vernehmen und die Beweismittel zu erheben sind, die Aufgabe, den Stoff der Verhandlung so zu sichten und zu gliedern, dass Wichtiges in den Vordergrund gestellt, Zusammengehöriges in unmittelbarer Aufeinanderfolge vorgeführt wird und ein geordnetes Erinnerungsbild entstehen kann. Eine Beanstandung der Reihenfolge der Vernehmungen kann daher nicht zum Gegenstand eines Gerichtsbeschlusses gemacht werden. Das Gericht ist nach dem bernischen StV nicht die höhere Instanz, die über die Ausübung der prozessleitenden oder diskretionären Gewalt des Präsidenten zu entscheiden hat. Es könnten sonst die Parteien durch systematische Beanstandung der Verfügung des Präsidenten dessen Leitungsbefugnis und diskretionäre Gewalt illusorisch machen und die Verhandlung wesentlich verschleppen.

Kraft seiner diskretionären Gewalt ist der Präsident zur Anordnung jeder ihm notwendig erscheinenden gesetzlichen Massnahme befugt (Art. 283/2), die sonst während der Hauptverhandlung dem Gesamtgericht vorbehalten ist (Art. 250/1). Diese Gewalt findet aber ihre Grenze in den Parteianträgen. Der Präsident darf aus eigener Macht keinen Parteiantrag ablehnen. Ueber Parteianträge, insbesondere über Anträge der Parteien auf neue Beweismassnahmen, entscheidet das Gesamtgericht (Art. 250/2: „der Richter") nach freiem Ermessen. Dadurch erlangen auch die Geschwornen einen direkten Einfluss auf den Umfang der Beweisanordnungen.[37]) Solche Anträge, die zu einer Unterbrechung und Vertagung der Verhandlung führen können, sind in Ermangelung einer anderen Bestimmung bis zum Schluss der Hauptverhandlung zulässig, d. h. noch in den Plaidoyers.

Wie steht es, wenn einer oder mehrere Geschworne eine Beweiserhebung verlangen? Ein Antrag eines Gerichtsmitgliedes ist nicht einem Parteiantrag zu vergleichen. Da jedoch das Gericht eine Einheit mit Mehrheitswillen bildet, muss der An-

---

[37]) Was in der deutschen Literatur vorwiegend befürwortet wurde: Kahl, S. 13 ff, Oetker, Hdb. S. 105 ff, Weingart, S. 446 ff, v. Liszt Ref. d. StV S. 18, Mittelmaier S. 16.

trag vor der Mehrheit gebildet werden. Sonst würde übrigens ein Teil der Prozessleitung auf einzelne Gerichtsmitglieder übergehen. Es kommt somit im Resultat auf das gleiche Verfahren wie bei einem Parteiantrag heraus. Nur kann der Antrag eines Gerichtsmitgliedes auch noch bei der Urteilsberatung gestellt werden.

Der Entscheid über einen Beweisantrag ist kein Zwischenurteil, sondern eine prozessleitende Verfügung.[38])

4. Schluss der Parteiverhandlungen.

Es wurde bereits hervorgehoben, dass der Ueberweisungsbeschluss und nicht die Anklageschrift die Grundlage der Hauptverhandlung bildet. Geht daher aus der Verhandlung hervor, dass der Angeklagte andere als die in diesem Beschluss bezeichnete strafbare Handlungen begangen hat, oder dass die Verfolgung nicht auf alle Teilnehmer oder Begünstiger ausgedehnt worden ist, so entsteht die Frage einer Ausdehnungsmöglichkeit der Strafverfolgung.

Diese Frage wird durch Art. 290 (im Gegensatz zu Art. 251) verneint, was angesichts der Notwendigkeit einer sorgfältigen Vorbereitung einer Verhandlung vor dem GG ohne weiteres einleuchtet.[39]) Die Ausdehnung der Strafverfolgung in persönlicher wie sachlicher Beziehung darf also in der Hauptverhandlung nicht erfolgen. Das GG hat lediglich zwei Möglichkeiten: Rückweisung der Sache an den Untersuchungsrichter zur Ergänzung der Untersuchung oder Beurteilung derselben „auf Grund der erfolgten Ueberweisung".

Letzterer Passus ist nicht mehr klar. Er gewinnt erst an Klarheit durch Vergleich mit Art. 251. In diesem Artikel wird die gleiche Formel gebraucht, aber in einem besonderen Satze hinzugefügt, dass, wenn eine Beurteilung auf Grund der vorliegenden Ueberweisung erfolgen soll, „für die neuentdeckten

---

[38]) Z 38, 331, 40, 174; 22, 16 und 37; M XI 96.

[39]) Doch bezieht sich das nur auf Tatbestände, die im Ueberweisungsbeschluss in keiner Form enthalten sind, auf welche er überhaupt nicht Bezug nimmt (Z 66, S. 43 ff). Vgl. auch § 266 deutsch StV, der aber mit Zustimmung des Angeklagten die Klageerweiterung erlaubt.

Handlungen eine besondere Untersuchung einzuleiten" sei. Was unter „besonderer Untersuchung" gemeint sei, darüber sprechen sich die Erläuterungen [40]) folgendermassen aus: „Das Gericht handelt hierbei nach freiem Ermessen und hat das für den vorliegenden Fall zweckmässige Verfahren anzuordnen."

Wir haben es nicht mit einem Zwischenentscheid, sondern mit einem Beschluss prozessleitender Natur zu tun, der durch kein Rechtsmittel anfechtbar ist.

An das geschlossene Beweisverfahren reihen sich die Parteivorträge, die nach Wegfall der Zweiteilung in Schuld- und Straffrage von den Parteivorträgen in Amtsgerichtssachen sich nicht mehr wesentlich unterscheiden. So kann denn Art. 291 über die Parteivorträge einfach auf die sinngemässe Anwendung der Art. 252—255 verweisen.

Die Reihenfolge der Parteivorträge entspricht derjenigen, die bei Beginn der Verhandlung vorgesehen ist. Dort kommt zuerst die Anklageschrift, sodann das Verhör der Privatkläger und des Angeschuldigten. Hier hat zunächst der Staatsanwalt das Wort, sodann der Privatkläger, schliesslich der Verteidiger. Unter mehreren Verteidigern und Privatklägern bestimmt der Präsident die Reihenfolge. Jeder Partei steht überdies das Recht auf einen zweiten Vortrag zu (Replik). Nach dem letzten Vortrag ist noch der Angeklagte selbst anzufragen, ob er etwas vorzubringen hat (Art. 252).

Eine Bestimmung darüber, ob der Staatsanwalt seine Anklage modifizieren oder fallen lassen darf, fehlt. Aus dem Parteicharakter der Staatsanwaltschaft folgt dies aber ohne weiteres, wenn auch intern der Bezirksprokurator, der die Anklage vertritt, den Weisungen des Generalprokurators zu folgen hat (Art. 94 GO). Das Gericht bindet aber die Modifikation wie das Fallenlassen der Anklage ebensowenig wie in der Regel ein Parteiantrag im StV. Grundlage seines Urteils ist nämlich nicht die Anklageschrift, sondern der Ueberweisungsbeschluss (Art. 255), wie noch näher auszuführen sein wird. [41])

Der Privatkläger hat seine Entschädigungsforderungen ein-

---

[40]) Erl. 1912, S. 10.

[41]) Anders dort, wo die Anklageschrift die Grundlage des ganzen Hauptverfahrens bildet, wie z. B. in Zürich (vgl. Schudel, S. 70).

zeln in einem Verzeichnis anzuführen oder zu Protokoll zu bringen und die Belege einzureichen (Art. 252, IV). Es ist dies eine Ordnungsvorschrift, auf deren Befolgung das Gericht von Amtes wegen bedacht sein soll.[42]) Die Schadenersatzforderung kann bis zum Schlusse der Verhandlung erhöht werden.[43]) Sie gilt dem Grunde nach als anerkannt, wenn der Angeklagte unterlassen hat, auf Abweisung der Zivilklage anzutragen.[44])

Was den Vortrag der Verteidiger betrifft, so muss man sich vor Augen halten, dass die Verteidiger auch unter dem neuen Verfahren im Hinblick auf das Laienelement im Geschwornengericht in ihren Plaidoyers andere Saiten anschlagen werden als in ihren Verteidigungsreden vor dem mit ständigen und im Richten erfahrenen Laienrichtern des Amtsgerichtes. Die leidenschaftliche und effektvolle Rhetorik der französischen und italienischen Verteidiger dürfte zwar vor dem neuen Geschwornengericht sehr wenig angebracht sein, allein die Verteidigung rechnet immerhin mit dem beim unerfahrenen Laienrichter andersgearteten Werturteil im Vergleich zu demjenigen des ständigen Laienrichters und des Berufsrichters. Die Parteienvertreter, welche von Anfang an die Akten genau kennen, sind ferner den Geschwornen, die ihr Wissen einzig und allein aus dem Beweisverfahren geschöpft haben, nicht nur nach der rechtlichen, sondern auch nach der tatsächlichen Seite des Prozesses weit überlegen.[45]) Kommt zu dieser Ueberlegenheitssuggestion noch die Gefühlssuggestion der wohlberechneten psychologischen Mittel der Rhetorik hinzu, so können die Vorträge das eigene kritische Urteil der Geschwornen stark zurückdrängen.

Wir glauben daher, dass die diskretionäre Gewalt des Präsidenten auch bei den Parteivorträgen eingreifen muss, um vor allem aktenwidrige Plaidierung hintanzuhalten, sodann nicht zur Verhandlung Gehöriges auszuschalten, und schliesslich Appelle, die statt an die Pflicht, an das Gefühl und Mitleid oder an die Gnade der Geschwornen sich richten, nicht zuzulassen.

---

[42]) Erl. 1928, S. 14.

[43]) Z 47, 682.

[44]) Z 41, 553.

[45]) Görres, Wahrspruch d. Geschworenen und seine psychologischen Grundlagen. (Halle 1903), S. 49 ff.

Mit der Einheit des GG entfällt jegliches Bedürfnis nach einer Rechtsbelehrung mit oder ohne „Resumé“ des Präsidenten,[46]) einem Institut, dessen Wert von der prozessrechtlichen Literatur ohnehin sehr angezweifelt wurde. Nach Beendigung der Parteivorträge spricht daher der Präsident den Schluss der Parteiverhandlungen aus und schreitet zur Beurteilung des Falles.

5. *Beratung und Urteil.*

Auch für diese Stadien konnte im Prinzip auf die allgemeinen und die amtsgerichtlichen Bestimmungen verwiesen werden, wie Art. 291 und 292 und 294 es tun. Darnach erfolgen Beratung und Abstimmung geheim, während das Urteil öffentlich ausgesprochen wird (Art. 212). Der Präsident bezeichnet die zu entscheidenden Fragen und stellt sie zur Beratung (Art. 213/1).

Doch ist sonderrechtlich vorgeschrieben (Art. 293), auf welche Punkte sich die Beratung namentlich zu erstrecken habe. Es sind dies Punkte, die auch in der Abstimmung auseinanderzuhalten sind, und deren Spezifierung den Parteien gewährleisten soll, dass alle wesentlichen Fragen besonders besprochen und durch getrennte Abstimmung erledigt werden.

Die einzelnen Punkte ähneln wohl allen formalisierten Fragestellungen, weisen aber einen von ihr grundverschiedenen Charakter auf. An sich kann bei keiner Entscheidung, welche durch eine Sammlung der Ansichten mehrerer getroffen werden muss, die Fragestellung entbehrt werden. Sie ist eine Begriffsvoraussetzung jeder Abstimmung. Daher bestimmt Art. 213/1 auch für das amtsgerichtliche Verfahren, dass der Präsident die zu entscheidenden Fragen bezeichnet und zur Beratung stellt. Der Unterschied gegenüber dem am alten französischen Vorbild orientierten Schwurgerichtsverfahren ist nur der, dass dort die

---

[46]) Vgl. deutsche StPO, § 300; franz. c. cr., Art. 336, doch abgeschafft mit Ges. v. 1916/1881; österr. StPO, § 325; Zürcher Rechtspflegegesetz, § 930; Gegner sind besonders Binding, Kritik d. Entw. v. 1894, S. 17, „das schlechteste Seiltänzerstück französischer Schwurgerichtspraxis“, Oetker, S. 577 und die dortselbst zit. Schriftsteller.

Fragestellung gesetzlich formalisiert war. Auf die Nachteile und Unzukömmlichkeiten dieser Formalisierung wurde bereits im erster Teile dieser Darlegung hingewiesen.

Bei der Kollegialabstimmung des Amtsgerichtes ist die Formulierung der Frage der Logik des Gerichtspräsidenten überlassen, sie vollzieht sich ohne Umstände aus der Eigenart des einzelnen Falles heraus. Die ständigen Laienrichter sind darauf eingestellt und ein jedes gesetzliches Schema wäre eher ein Hindernis als ein Fortschrit. Anders bei unerfahrenen, einmaligen Zufalls-Laienrichtern! Hier tut ein festeres, möglichst gegliedertes Schema not, das aber keineswegs starr und stereotyp sein muss. Das Gesetz stellt ein solches auf, das sieben Fragen enthält, aber durch das Wörtchen „namentlich" ist zur Genüge dokumentiert, dass damit einer noch weiteren, eingehenden Gliederung oder Zerlegung der Frage nichts im Wege steht.

Die erste Frage entspricht etwa der Hauptfrage (Schuldfrage) der formulierten Fragestellung; „Welche Handlungen hat der Angeklagte begangen?" [47]) Doch ist hier nicht nötig, die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat nach ihren gesetzlichen Merkmalen und unter Hervorhebung der zu ihrer Unterscheidung erforderlichen Umstände formalistisch in der Frage zu bezeichnen. Die freie Aussprache, einige über die subjektiven und objektiven Tatmerkmale wesentliche Erläuterungen, die jederzeitige Möglichkeit, sich beim Präsidenten Aufklärung zu holen, das Aufliegen der Akten, und nicht zum wenigsten das Anhören vorausgehender Voten mit ihrer Motivierung werden das Verständnis der Geschwornen-Mitglieder auch für die rechtliche Seite unschwer herbeiführen. Jedenfalls werden zur Erleichterung der Aufgabe der Geschwornen für jeden Angeklagten und für jedes Delikt gesonderte Fragen zu stellen sein, was aber bei Idealkonkurrenz, fortgesetzten und zusammengesetzten Delikten nicht zutrifft. [48])

---

[47]) Das französische (Art. 337, c. d'instr. cr.), das frühere deutsche (§ 293 StPO) und bernische (Art. 427) Verfahren liessen die formalisierte Hauptfrage mit den Worten beginnen: „Ist der Angeklagte schuldig..." Nach Zürcher Praxis beginnt sie mit: „Hat der Angeklagte ... das und das getan", vgl. Schudel, S. 93.

[48]) Schäfer, S. 299, Oetker, S. 136, 120 ff, 144 ff.

Die zweite Frage ist die, unter welches Strafgesetz diese Handlungen fallen. Diese rein rechtliche Frage des neuen Verfahrens wird wohl von den Geschwornen-Mitgliedern nicht selbständig beantwortet werden können. Sie werden sich in ihren Voten nach den Ansichten der berufsrichterlichen Mitgliedern zu orientieren haben. Naturgemäss ist der Wert dieses Votums nicht hoch anzuschlagen. Und doch kann bei Meinungsverschiedenheiten unter den berufsrichterlichen Mitgliedern auch hier das Laienelement den Ausschlag geben, was nicht gerade befriedigt.

Eine dritte Frage geht auf das Vorliegen von Straf- und Schuldausschliessungsgründen. Sie entspricht der Frage nach dem „Entschuldigungsgrund" des alten Verfahrens (Art. 429a StV), der sogenannten Eventual- oder Hilfsfrage.[49]) Die Geschwornen haben über das Vorliegen der Tatumstände sich ein Urteil zu bilden, denen das Gesetz eine solche Bedeutung beilegt.

Eine vierte Frage geht auf straferhöhende und mildernde Umstände, wie sie nach dem alten Verfahren gemäss Art. 428 und 431 gestellt wurde. Auch hier werden die Geschwornen über das Vorliegen der entsprechenden Tatumstände sich ein Urteil zu bilden haben.

An diese vier die Schuld umreissende Fragen reiht sich als fünfte die Frage nach der zutreffenden Strafe. Die Beantwortung dieser für Geschworne wenig geeigneten Frage verlangt ausführliche Erläuterungen über Strafzumessung, die aber in der freien Aussprache dem Verständnis des Laien angemessen erteilt werden können und den Geschwornen jedenfalls weniger Schwierigkeiten bereiten dürfte als die zweite Frage der Subsumtion.

Die sechste Frage betrifft die Beurteilung der Zivilklage, eine gleichfalls für unerfahrene Laienrichter nicht leichte Aufgabe, ebensowenig wie die letzte (siebente) Frage nach den Kosten des Verfahrens.

Gemäss Art. 213/2 ist jeder Richter, also der Geschworne, verpflichtet, zunächst in der Beratung in der vom Präsidenten bestimmten Reihenfolge seine Ansicht auszusprechen, „wobei

---

[49]) Oetker, 159 ff, Rittler, 501 ff.

der Präsident ebenfalls seine Auffassung mitteilt". Es ist daraus nicht klar zu ersehen, ob der Präsident schon während der Rundfrage seine Ansicht äussern darf, oder ob er die Rundfrage beschliesst. Letzteres ist jedoch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes (Entw. 1912, Art. 293; Entw. 1926, Art. 300; Reg.-R.-Entw. 1928, Art. 292) zu erschliessen. Der Entwurf 1912 sah nach erfolgter Umfrage die Eröffnung der freien Diskussion voraus. Art. 213/2, auf den nunmehr Art. 292 verweist, enthält eine solche Bestimmung nicht mehr. Doch schliesst er sie auch nicht aus, so dass es wohl dem freien Ermessen des Präsidenten anheim gegeben ist, eine Diskussion, soweit sie ihm zur Abklärung notwendig erscheint, einzuhalten.

Ebensowenig ist, wie ursprünglich in den Entwürfen, vorgeschrieben, dass die Beratung zunächst mit dem Referate eines vom Präsidenten zu bezeichnenden Mitgliedes der Kriminalkammer beginnt, dem sich die Geschwornen in alphabetischer Reihenfolge anschliessen, worauf das zweite Kammermitglied und der Präsident die Rundfrage beschliessen (Entw. 1912, Art. 293; Entw. 1926, Art. 300; Entw. 1928, Art. 292). Der Präsident hat also bei der Beratung freie Hand, ein Kammermitglied oder beide nacheinander ihre Ansicht aussprechen und daraufhin die Geschwornen, auch hier in der ihm gut scheinenden Reihenfolge, folgen zu lassen. Mit den Geschwornen beginnen dürfte er wohl kaum, obschon auch dieses Recht ihm zusteht.

Die einzeln genannten Fragen sind schon bei der Beratung auseinanderzuhalten. Doch ist es auch hier dem Präsidenten anheimgestellt, jeden Votanten über alle einzelnen Fragen votieren zu lassen, oder zunächst nur über eine einzige oder mehrere Fragen. Nach Beendigung der Beratung leitet der Präsident die Abstimmung unter Auseinanderhaltung der einzelnen Fragen ein. Die einfache Mehrheit entscheidet. Bei gleichgeteilten Stimmen gibt der Präsident den Stichentscheid. Stimmenthaltungen sind unzulässig (Art. 214).

Erleichtert wird für die Geschwornen die Urteilsbildung durch das schon mehrfach erwähnte, neu in das StV eingeführte, Prinzip der freien Beweiswürdigung, das übrigens für den Wahrspruch schon im alten Verfahren gegolten hat. Das gleiche Prinzip der freien Würdigung ist aber nicht nur für die Beurteilung der Beweise ausgesprochen (Art. 254), sondern auch für

den Schuldspruch überhaupt (Art. 256, III). Auch in diesem Punkte ist die Vorschrift des geltenden Rechts für die Geschwornen kein Novum.

Gegenstand des Urteils ist die im Ueberweisungsbeschluss erwähnte Tat. Die bindende Kraft des Ueberweisungsbeschlusses als Grundlage des Verfahrens haben wir bereits kennen gelernt. Die Bindung bezieht sich jedoch auf die dort umschriebene Tat, nicht auf die ihr beigelegte Bezeichnung, auch nicht auf die dort aufgerufenen Strafbestimmungen. Allein eine Verurteilung auf Grund anderer Strafbestimmungen darf nicht erfolgen, ohne dass der Angeklagte auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes aufmerksam gemacht und ihm Gelegenheit zur Verteidigung gegeben worden ist (Art. 255).

Das Endurteil lautet auf Freisprechung oder Verurteilung. Der Freisprechung gleichgestellt ist Strafbefreiung oder Strafloserklärung im Sinne des Strafgesetzes. Doch kann das Urteil auch darauf erkennen, dass dem Verfahren keine weitere Folge gegeben wird, sobald im Zeitpunkte des Urteils die Voraussetzungen der Strafverfolgung nicht vorliegen (Art. 256).

Wie jedes Urteil muss auch das Urteil des GG begründet werden. Insbesondere hat die Begründung die Tatsachen anzuführen, die als erwiesen angenommen werden, nebst den dazu gehörenden Beweismitteln, sowie die rechtlichen Erwägungen, die dem Urteil zugrunde gelegt worden sind. Die in der Minderheit gebliebenen Ansichten sind hierbei nicht zu berücksichtiger (Art. 217).

Im übrigen gelten wie die genannten auch die anderen allgemeinen Bestimmungen, sowie diejenigen über das Urteil in Amtsgerichtssachen, unverändert auch für das Urteil des GG (Art. 294), so dass keinerlei Besonderheiten Anlass zu Bemerkungen bieten.

IV. Das Rechtsmittelverfahren

1. Allgemeines.

Das Gesetz kennt zwei ordentliche und zwei ausserordentliche Rechtsmittel. Das ordentliche Rechtsmittel gegen Urteile des Geschwornengerichtes ist die Nichtigkeitsklage (Art. 328), früher Kassationsgesuch (Art. 439 a. StV). Nur diese weist für Geschwornengerichtssachen Eigentümlichkeiten auf, rechtfertigt daher eine Behandlung in diesem Zusammenhange.

Man hätte glauben mögen, dass die Vereinheitlichung des Geschwornengerichtes und die vollständige Gleichstellung der Geschwornen den Berufsrichtern in bezug auf die Verhandlung und Beurteilung der Strafsache auch die Folge zeitigen werde, dass nunmehr das Rechtsmittel der Appellation auch den Jurysachen zugänglich gemacht werden wird. Die Voraussetzungen dazu wären gegeben, indem die Gründe des Geschwornenurteils nicht mehr verborgen bleiben, sondern jeder einzelne Geschworne bei der Beratung, wie bereits angeführt wurde, seine Auffassung darzulegen hat (Art. 213), und das Urteil gemäss Art. 217 die Tatsachen zu enthalten hat, die als erwiesen angenommen werden, nebst den dazu gehörigen Beweismitteln und rechtlicher Ergänzungen.

Gerade die Unmöglichmachung der Appellation, „des Kleinods der Rechtsprechung“ [1]) war einer der Vorwürfe, die man seit je gegen den Geschwornenprozess erhoben hat. Die Nichtigkeitsklage ist nämlich kein voller Ersatz für die Appellation. Die Appellation erfasst nicht nur das Urteil und dessen Inhalt, sondern sie unterstellt das ganze Verfahren einer umfassenden Ueberprüfung. Gegenstand derselben ist insbesondere nicht nur die Rechtsanwendung und Strafzumessung, sondern auch die Beweiswürdigung. Die Appellation ist eine revisio in facto et in jure. Im Gegensatz dazu ist die Nichtigkeitsklage lediglich eine revisio in jure. Die Beweiswürdigung ist kein Gegenstand der Nachprüfung mehr und auch das Verfahren unterliegt nur in den Grenzen der gesetzlichen Nichtigkeitsgründe einer Ueberprüfung.

---

[1]) Meili, Der Zivil- und Strafprozess, S. 16.

Das ist auch der Grund, dass die schwurgerichtliche Iudikatur kaum eine fruchtbringende Wirkung auf die strafrechtliche Wissenschaft ausgeübt hat, während sonst doch gerade durch die richterliche Praxis die Fülle des Lebens sozusagen ihr Gesetz empfängt.[2])

Allein andererseits kommt in Betracht, dass der geltende Prozess das GG nicht aufgehoben hat, sondern in verbesserter Gestalt das Volksrichtertum aufrechterhalten sollte. Die freie Beweiswürdigung des Volksrichters vom Berufsrichter überprüfen lassen, hiesse aber sie in höherer Instanz wieder ihres eigentümlichen Charakters entkleiden, so dass der Volksrichter dem Schöffen gleichgestellt würde. Das Urteil der Volksrichter in der Tatfrage soll aber auch weiterhin Verdiktcharakter behalten, es soll ein unüberprüfbarer Wahrspruch sein.

Die Scheidung von Tat- und Rechtsfrage ist gerade in dieser Form besser durchzuführen, während sie durch die Zweispaltung des erstinstanzlichen Urteils in Schuldspruch und Strafspruch nur in verzerrter Gestalt verwirklicht werden konnte. Im übrigen hat die Nichtigkeitsklage vor der Appellation auch etwas voraus, nämlich im Regelfalle die Rückweisung vor die erste Instanz, wo das Unmittelbarkeitsprinzip in stärkerem Masse herrscht als in zweiter Instanz, und das Gericht des Begehungsortes, oft des Wohnortes, dem Angeschuldigten und seinen persönlichen Verhältnissen gerechter werden kann als das Obergericht. Die Parteien werden nicht um eine Instanz gebracht.

2. Die Nichtigkeitsklage.

a) Eigenart.

Als Rechtsmittelinstanz fungiert der dazu gebildete Kassationshof, eine selbständige Abteilung des Obergerichtes, bestehend aus sieben Mitgliedern, von denen drei auch der Strafkammer angehören (Art. 395, Ziff. 4). Naturgemäss darf kein Mitglied des Obergerichtes gleichzeitig der Kriminalkammer und

---

[2]) Speiser in Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins, 1884, S. 6.

dem Kassationshof angehören (Art. 395, III), weil er ja sonst über das Urteil, an dem er selbst mitgewirkt hat, zu Gericht sitzen würde.

Schon das alte Verfahren hat in der sogenannten ersten Strafkammer (Art. 11 a. GO) eine solche Abteilung gehabt, die allerdings eine allgemeine Rechtsmittelinstanz war, während nunmehr in Anbetracht der Wichtigkeit der Nichtigkeitsklage in den durch das GG (und die Kriminalkammer) beurteilten Fällen ein besonderer Kassationshof (durch die Expertenkommission [3]) gebildet wurde.

Die Nichtigkeitsklage ist zulässig gegen „Urteile" des GG (Art. 328). Damit sind nicht nur Endurteile gemeint, sondern auch Zwischenurteile über Vor- und Zwischenfragen, wenn das Verfahren durch ein solches Urteil seinen Abschluss gefunden hat. Sonst ist die Anfechtung von Zwischenurteilen mit der Nichtigkeitsklage gegen das Endurteil zu verbinden (Art. 287). Unter Zwischenurteilen sind nur Erkenntnisse des Gesamtgerichtes über bestrittene Prozessvoraussetzungen zu verstehen. [4]) Blosse prozessleitende Verfügungen des Präsidenten haben diesen Charakter nicht.

Ausgeschlossen ist die Nichtigkeitsklage, „soweit die Kassationsbeschwerde oder die Berufung an das Bundesgericht zulässig ist" (Art. 328, Ziff. 3). Damit sind eidgenössische Straffälle gemeint, die den kantonalen Gerichten zur Beurteilung überwiesen werden (BOG Art. 146 ff). In diesen Fällen steht dem Bundesrate gegen das Urteil des kantonalen Gerichtes ein selbständiges Recht der Berufung an die höhere kantonale Instanz zu (Art. 158 BOG), ferner kann gegen solche Urteile die Kassationsbeschwerde beim Bundesgericht erhoben werden (Art. 160). Um einen konkurrierenden Instanzenzug in solchen Fällen zu vermeiden, wird die kantonale Nichtigkeitsklage ausgeschlossen.

Die Nichtigkeitsklage als ordentliches Rechtsmittel [5]) hat suspensive Kraft (Art. 297). Die Hemmung der Rechts-

---

[3]) Erläut. 1926, S. 18.

[4]) M XII 359.

[5]) Ebenso nach deutschem StP, § 343, anders nach Bundesorganisationsg., Art. 164 und bern. ZPO, Art. 361.

kraft des angefochtenen Urteils besteht so lange, als nicht die Frist zur Einlegung der Nichtigkeitsklage unbenützt abgelaufen oder die Nichtigkeitsklage abgewiesen wurde (Art. 297, Ziff. 1 und 3). In diesem Falle wird die Rechtskraft auf den Tag der Ausfällung des Urteils zurückbezogen (Art. 297, III).

Die Nichtigkeitsklage hat des weiteren Devolutiveffekt, indem sie den Fall vor eine höhere Instanz, den Kassationshof, bringt. Auch die rein kassatorische Funktion des „Kassationshofes" hat eine Einschränkung erfahren (wie schon nach Art. 491 a. StV), indem die Rechtsmittelinstanz unter Umständen verpflichtet ist, das aufgehobene Urteil durch ein anderes zu ersetzen, also selbst in der Sache zu urteilen (Art. 334).[6]) Dadurch nähert sich die Nichtigkeitsklage dem Rechtsmittel der Berufung.

Die neue Bezeichnung „Nichtigkeitsklage" statt dem „Kassationsgesuch" des alten Rechts bringt klarer zum Ausdruck, dass sie sich als Rechtsmittel nicht gegen das urteilende Gericht, sondern gegen die Gegenpartei richtet, dass also das Verfahren im Prinzip ein Parteiverfahren darstellt, insoweit dies beim Offizinalcharakter des StV überhaupt möglich ist.[7]) Den Einschlag des Offizialprinzipes stellen die Art. 301 und 331 dar, über die noch weiter zu handeln sein wird.

Schliesslich richtet sich die Nichtigkeitsklage auch bei teilweiser Anfechtung in der Regel gegen das ganze Urteil, mit Ausnahme des Falles, wo „nur im Zivilpunkt" angefochten wird (Art. 337), da selbst bei Anfechtung bloss einzelner Teile die Aufhebung nur für das Ganze erfolgen kann (Art. 334 und 335).[8])

b) Einlegung des Rechtsmittels.

Das Rechtsmittel ist beim GG (judex a quo) oder beim Gerichtsschreiber desselben mündlich zu Protokoll zu erklären oder schriftlich innerhalb der Notfrist von 10 Tagen, von der Verkündung oder Mitteilung des Urteils an gerechnet,

---

[6]) Vgl. BStP, Art. 154, MilStGO, Art. 194, deutsche StPO, § 354/1.

[7]) Allerdings ist der BStP noch mehr Parteienprozess, indem dort der Staatsanwalt nicht zugunsten des Angeklagten Kassationsbeschwerde einlegen kann, vgl. Lüthi, S. 179.

[8]) Anders nach § 353 deutsche StP.

zur (schweizerischen) Post zu geben (Art. 298).[9]) Massgebend dürfte das Datum des (schweizerischen) Poststempels sein (BGE 23, S. 600 ff), nicht der Augenblick des Einwerfens in den Briefkasten.

Die Nichtigkeitsklage gegen Urteile in Vor- und Zwischenfragen, mit denen das Verfahren seinen Abschluss gefunden hat, muss sofort nach der mündlichen Eröffnung des Urteils erklärt werden (Art. 287, III).

Das Anfechtungsrecht dürfte aber, wie in der Regel jedes Parteirecht, durch ausdrücklich erklärten Verzicht erlöschen, allerdings nicht durch einen Vorausverzicht vor ergangenem Urteil (Arg. aus Art. 27 ZGB). Das Gesetz erwähnt ebensowenig die Möglichkeit des Rückzuges,[10]) was natürlich einen solchen nicht ausschliesst. Der Rückzug ist wie eine Verzichterklärung zu werten, daher das Recht zur Wiedererhebung (soweit dies in offener Frist noch möglich) als konsumiert anzusehen. Die Rücknahme ist, da es sich um ein Parteiverfahren handelt, jederzeit zulässig zu erachten, bis zur Urteilsfällung durch die Kassationsinstanz.[11])

Im Gegensatz zur Appellation wird bei der Nichtigkeitsklage eine kurze Begründungsschrift verlangt, die auch die Anträge zu enthalten hat. Es entspricht dies dem Charakter dieses Rechtsmittels, das sich auf einen oder mehrere der gesetzlich erschöpfend aufgezählten Gründe stützen muss, daher eine möglichst genaue Präzisierung verlangt. Auch muss die Kassationsinstanz wissen, auf welche Beschwerdepunkte sie einzugehen habe. Deshalb ist die Begründungsschrift als wesentliche Formvorschrift für die Einlegung der Nichtigkeitsklage aufzufassen, deren Nichtbeachtung die gleiche Folge zeitigt wie eine verspätete Erklärung.[12])

Erklärung und Begründung müssen nicht uno actu erfolgen,[13]) sie können nacheinander, aber noch vor Ablauf

---

[9]) Vgl. BStP, Art. 136 (nur schriftlich) und 41 BOG. § 341 deutscher StP (8 Tage).

[10]) Vgl. aber BSt, Art. 157, § 302 ff deutsches STP.

[11]) Gut, S. 62, Die deutsche StPO verlangt nach Beginn der Hauptverhandlung Zustimmung des Gegners, § 303.

[12]) Erl. 1926, S. 19.

[13]) So BStP 135/3, 136/2 und 3.

der 10tägigen Notfrist eingebracht werden.[14]) Dies ist auch bei der Nichtigkeitsklage gegen Urteile der Fall, die über Vor- und Zwischenfragen ergehen, und mit denen das Verfahren abschliesst (Art. 287, III). Ja, die Begründungsschrift kann sogar noch nachträglich ergänzt werden, und zwar nach Einsichtnahme der schriftlichen Urteilsbegründung (Art. 329). Aber auch diese Ergänzung ist offenbar an die erwähnte Notfrist gebunden. Sonst hindert weder ein Irrtum, noch die Einreichung bei einer unzuständigen Gerichtsbehörde die Wirksamkeit des Rechtsmittels (Art. 298, III).[15])

Legitimiert zur Rechtsmittelerklärung ist die „Partei oder ihr bevollmächtigter Anwalt" (Art. 299). Unter Partei ist gemäss Art. 39 der Angeschuldigte und der Privatkläger zu verstehen, ferner der Staatsanwalt. Dass auch dem Privatkläger die Nichtigkeitsklage zusteht, erhellt noch besonders aus Art. 300 und 337. Insbesondere geht daraus hervor, dass er sowohl im Strafpunkte, als auch im Zivilpunkte anfechten kann.[16]) Um aber einen Missbrauch seines Parteirechtes durch Anfechtung des Urteils im Strafpunkte entgegenzuwirken, insbesondere einer leichtfertigen Anfechtung dieses Punktes, der ja den Privatkläger nur mittelbar interessiert, wurde diese Befugnis (neu) an die einschränkende Bedingung der Deponierung einer Geldsumme von 30 Franken geknüpft. Der Betrag verfällt im Falle des Unterliegens des Privatklägers zu Handen der Staatskasse (Art. 300). Damit soll auch eine Ueberlastung der Rechtsmittelinstanz vermieden werden.[17])

Da der abgewiesene Nichtigkeitskläger jedenfalls Kostenfolgen zu tragen hat (Art. 336), und zwar nicht nur die Staatskosten, sondern auch diejenigen der Gegenparteien und diese bedeutend grösser sein dürfte als die Hinterlage, erscheint uns die geringe Hinterlage nur bei wenig zahlungskräftigen Privatklägern als Hemmung bedeutsam. Doch können solche, soweit

---

[14]) So in der MilStGO 189/2 und im BOG 167 (gegen kant. Strafurteile), im deutschen StV, § 345.

[15]) Z 66, S. 381 ff, §300 deutsche StP.

[16]) Anders BStP 136/4, hingegen BOG 161/2 (geg. Urteile kant. Gerichte).

[17]) Erl. 1926, S. 16.

die Voraussetzungen des Armenrechtes vorliegen, die Befreiung von der Hinterlage erlangen (Art. 44).

Zwischen der Nichtigkeitsklage des Angeklagten, bezw. Verurteilten, und des Staatsanwaltes besteht der in der Eigenart ihrer Stellung im Strafprozesse begründete Unterschied, dass der Angeklagte, bezw. Verurteilte, das Rechtsmittel nur zu seinen Gunsten einlegen kann, d. h. gegen ein verurteilendes Erkenntnis oder gegen ein ihn beschwerendes, freisprechendes Erkenntnis (z. B. Kostenauflage).[18])

Dem Parteicharakter gemäss, der den Handlungen des Angeklagten beizulegen ist, ist der Kassationshof durch die von ihm gestellten Anträge gebunden und kann deshalb nicht ein Urteil, das nur zugunsten des Angeklagten angefochten wurde, zu seinen Ungunsten abändern (Art. 333, II, 319).

Anders stellt sich die Prozesslage auf Seiten der Staatsanwaltschaft dar. Wohl ist er im Rechtsmittelverfahren Partei und hat als solche den staatlichen Strafanspruch zu vertreten, aber der Staat hat kein Interesse an der Verurteilung, sondern lediglich an der Anwendung des Gesetzes. In der Regel wird wohl der Staatsanwalt sich auf die Anfechtung eines Freispruches oder eines seines Erachtens ungenügenden Strafspruches beschränken und es dem Verurteilten überlassen, gegen eine Verurteilung oder einen zu harten Strafspruch einzuschreiten. Aber wo der Verurteilte nicht reagiert, wird auch der Staatsanwalt gemäss Art. 89 GO zugunsten des Angeklagten einschreiten. Aber auch wenn der Staatsanwalt zuungunsten des Angeklagten die Nichtigkeitsklage erhebt, hindert das nach Art. 301 eine Entscheidung zugunsten des Angeklagten nicht. Das Verbot der reformatio in pejus gilt nur für, nicht gegen den Angeklagten.[19])

Für den Angeklagten kann auch sein Verteidiger die Nichtigkeitsklage erheben. Obschon die Verteidigung in Geschwornengerichtssachen notwendig ist, fehlt doch der Anhaltspunkt, dem Verteidiger ein selbständiges Recht zur Einlegung der

---

[18]) Doerr, N. zu § 296 I, Deutsch. StP, Gut, S. 31.

[19]) Erl. 1926, S. 17. Ebenso § 301 deutsch. StP. Aus Art. 149 BStP und und 142 BOG ist hingegen eine solche Möglichkeit nicht zu erschliessen, vgl. Lüthi, S. 179, dagegen Gut, S. 33.

Nichtigkeitsklage zuzusprechen. Vielmehr deutet der Ausdruck „Von der Partei oder von ihrem bevollmächtigten Anwalt", der zwischen dem Vertreter des Angeklagten und demjenigen des Privatklägers nicht unterscheidet, daraufhin, dass der Verteidiger hier in seiner Funktion als Parteivertreter, etwa wie im Zivilprozess, handelt.[20]) Darum ist Einlegung der Nichtigkeitsklage gegen den ausdrücklichen Willen des Angeklagten ausgeschlossen.[21])

Ueber die Legitimation zur Nichtigkeitsklage bei Handlungsunfähigkeit des Angeklagten (die Strafmündigkeit fällt ja mit der vollen Handlungsfähigkeit nicht zusammen), besagt das Gesetz nichts. Nur bei der Wahl eines Verteidigers bestimmt Art. 40, II, dass bei Handlungsunfähigkeit des Angeschuldigten sein gesetzlicher Vertreter dieses Recht (einen Verteidiger zu wählen) hat. Da notwendige Verteidigung besteht, wird in der Regel der Verteidiger darüber entscheiden, ob er die Nichtigkeitsklage einlegen will. Jedenfalls kann ihn daran der Handlungsunfähige nicht hindern, wohl aber sein gesetzlicher Vertreter.[22])

Fraglich könnte nur sein, ob der Handlungsunfähige gegen den Willen seines Verteidigers und gesetzlichen Vertreters die Nichtigkeitsklage einlegen kann. Wir glauben diese Frage bejahen zu dürfen, da es sich um ein Recht handelt, das dem Angeklagten um seiner Persönlichkeit willen zusteht (Art. 19, II, ZGB).

c) Nichtigkeitsgründe.

Der Gesetzgeber hatte die Wahl zwischen dem französischen System der kasuistischen Aufzählung der Kassationsgründe und dem deutschen der Verallgemeinerung derselben (§§ 337 deutscher StP). Er wählte einen Mittelweg, indem er einen speziellen und zwei allgemeine Gründe aufstellt (Art. 328).

---

[20]) Für den BStP folgert Gut, S. 35, aus Art. 140 und 143 die selbständige Stellung des Verteidigers im Rechtsmittelverfahren, schliesst aber Einlegung der Kassationsbeschwerde gegen den Willen des Angeklagten aus.

[21]) So ausdrücklich § 297 deutsches StP.

[22]) Vgl. § 298 deutscher StP.

Der spezielle Nichtigkeitsgrund (Art. 328, Ziff. 1) betrifft die ungehörige Besetzung des Gerichtes: „wenn eine Gerichtsperson an der Verhandlung teilgenommen hat, die rechtsgültig abgelehnt worden ist oder gegen die ein Unfähigkeitsgrund vorlag, oder wenn das Gericht sonst nicht in richtiger Weise besetzt war". Dieser Nichtigkeitsgrund ist eigentlich von der in Ziff. 2 erwähnten Verletzung eines Prozessrechtsatzes mitumfasst[23]), aber während eine solche Verletzung nur bedingt, wie noch auszuführen sein wird, eine Nichtigkeit abgibt, ist die ungehörige Gerichtsbesetzung absoluter Nichtigkeitsgrund.

Der Nichtigkeitsgrund betrifft nicht nur Gerichtsmitglieder, die Geschwornen inbegriffen, sondern auch den Gerichtsschreiber. Das blosse Vorliegen eines Ablehnungsgrundes genügt nicht, auch wenn derselbe erst zu spät in Erfahrung gebracht wurde.[24])

Bei Unfähigkeitsgründen (Art. 32) genügt das blosse Vorliegen, eine Rüge schon während des Verfahrens erster Instanz wird nicht gefordert. Die sonstige nicht gehörige Besetzung betrifft die nicht genügende Anzahl der Mitglieder, oder die Teilnahme einzelner Mitglieder, die dem Gerichte nicht angehörten. Zur Besetzung des Gerichtes gehört auch die Anwesenheit eines gesetzlichen Protokollführers (Art. 35 OG.[25]) Es gehört ferner dazu, dass der einzelne Richter mitwirkt. Stimmenthaltung entgegen Art. 214, II, ist daher Nichtigkeitsgrund.[26]) Das gleiche muss der Fall sein, wenn sich ein Richter für längere Zeit entfernt, wenn er einschläft,[27]) u. dergl. m.

Der allgemeine Nichtigkeitsgrund der Ziff. 2, Art. 328, greift Platz, „wenn in anderer Weise im Hauptverfahren ein Prozessrechtssatz verletzt wurde, sofern angenommen werden kann, dass dies für das Urteil von Bedeutung war". Wir haben hier einen relativen Nichtigkeitsgrund vor uns. Die Verletzung eines Prozessrechtssatzes allein genügt nicht,

---

[23]) So BStP 149, lit. c.

[24]) M II 403, Z 18, 115, 117.

[25]) Ausdrücklich als Nichtigkeitsgrund ist der Mangel eines gesetzlichen Protokollführers in Art. 91 ZPO erwähnt.

[26]) Z 58 91.

[27]) Doerr, S. 233 und reichsger. Entscheide daselbst.

es wird noch ein Kausalzusammenhang zwischen Verletzung und Urteil verlangt. [28])

Die Erläuterungen [29]) bemerken hiezu: „Es wird freilich kein strikter Nachweis der Beeinflussung des Urteils durch den begangenen Prozessfehler verlangt, der regelmässig nicht zu erbringen wäre, er genügt, wenn die grosse Wahrscheinlichkeit dafür vorliegt, dass das Urteil anders ausgefallen wäre, wenn nicht der Fehler im Verlaufe der Hauptverhandlung begangen worden wäre". Im übrigen hat der Nichtigkeitskläger nur die Behauptung der Beeinflussung des Urteils durch die gerügten Mängel aufzustellen, das Gericht aber die Richtigkeit zu prüfen.

Auch im BStP (Art. 149 c) heisst es nur: „Wenn sich mit Wahrscheinlichkeit ergibt, dass ...", was gleichfalls nicht im Sinne einer Beweispflicht des Kassationsgesuchstellers aufgefasst wird. [30])

Was die Verletzung von Prozessrechtssätzen betrifft, so muss dieselbe, „im Hauptverfahren" geschehen sein, also nicht in der Voruntersuchung. Verstösse in der Voruntersuchung werden durch die Beschlussfassung der Anklagekammer, welche die Ueberweisung verfügt, geheilt. Hingegen sind Verstösse bei der Vorbereitung der Hauptverhandlung (Art. 288 ff) Gegenstand der Nichtigkeitsklage.

Unter Prozessrechtssätzen sind nicht nur Grundsätze, sondern überhaupt Vorschriften des Prozessrechtes zu verstehen, also des Gesetzes über das Strafverfahren und über die Organisation der Gerichtsbehörden, sowie anderweitiger Normen des formellen Strafprozessrechtes. Eine Aufzählung aller möglichen Verstösse gegen diese Normen hiesse das gesamte Strafverfahren darstellen. Hingegen lassen sich die möglichen Verletzungen in drei Gruppen einteilen:

1. Mängel in der Gerichtsbesetzung. Dieser Nichtigkeitsgrund wurde als absoluter in Ziff. 1, Art. 328, vorweggenommen.

---

[28]) Ebenso BStP 149 c, BOG 142, Ziff. 3, hingegen § 337 deutscher StPr.

[29]) Erl. 1926, S. 19.

[30]) Gut, S. 48.

2. Inkompetenz des urteilenden Gerichtes. Dieser Anfechtungsgrund ist bei allen Ueberweisungen durch die Anklagekammer ausgeschlossen (Art. 239).
3. Verletzung von Bestimmungen, die zum Schutze der Parteiinteressen aufgestellt sind.

Nur die letztere Gruppe kommt somit in Betracht. Zu ihr gehören vor allem die Grundsätze der Oeffentlichkeit, der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit, insofern das Gesetz selbst nicht Ausnahmen zulässt, ferner das akkusatorische Prinzip (Ueberweisung und öffentliche Anklage), das vollständige rechtliche Gehör, wie es das Strafverfahren durch die Abhörung, das Fragerecht und die Parteivorträge zusichert, die gesetzlichen Ladungen und die Anwesenheit der Parteien und des Verteidigers bei der Hauptverhandlung, soweit sie gefordert ist, ebenso die Basierung des Urteils auf dem Ueberweisungsbeschluss und die Urteilsbegründung.

Besonders bedeutsam sind Verletzungen des Verteidigungsrechtes.[31]) In Betracht kommt eine unzulässige Beschränkung dieses Rechtes durch Verletzung eines Satzes des Prozessrechts oder wo ein ausdrücklich im Gesetz gewährtes Verteidigungsrecht des Angeklagten missachtet wird. Die blosse Ablehnung eines Beweisanerbietens oder von neuen Fragen aus Unerheblichkeits- oder anderen Gründen genügt an sich nicht, wenn nicht der Abweisungsgrund vom Kassationshof missbilligt wird, oder wenn es sich nicht um ein offenbares Versehen des GG handelt.[32]) Hingegen kommen in Betracht nicht gehörige Vertretung eines handlungsunfähigen Angeklagten, Verstösse gegen den kontradiktorischen Charakter der Hauptverhandlung, ungerechtfertigter Ausschluss des Angeklagten u. dergl. m.

Schliesslich kommt als Nichtigkeitsgrund „eine unrichtige Gesetzesanwendung" im Urteil in Betracht (Art. 328, Ziff. 3). Im Vergleich mit Ziff. 2 kann hier nur das Recht gemeint sein, das im Urteil zur Anwendung kommt, also vor allem materiel-

---

[31]) Als spezifischer Grund im BStP 149 b, BOG 142/2, deutsch. StP § 338, Ziff. 8.

[32]) M IV 97, XIII 129, Uebergehung des Beweisantrages eines Angeklagten enthält keine Beschränkung der Verteidigung eines Mitangeklagten, vgl. Doerr, S. 233.

les Recht. Da nicht unterschieden wird, ist darunter nicht nur unrichtige Anwendung des Strafrechtes, sondern auch des Zivilrechtes begriffen. Anwendung ist Subsumption des Tatbestandes unter die zutreffende Rechtsnorm, nicht aber Feststellung dieses Tatbestandes selbst. Die Ueberprüfbarkeit der Tatfrage, Beweiswürdigung usw. ist der Kassationsinstanz entzogen.

Es kann sich also handeln um die Anwendung einer Norm, die als Straf- oder Zivilgesetz keine Gültigkeit hat, um die Anwendung einer nichtzutreffenden Norm oder Nichtanwendung einer zutreffenden Norm, um die unrichtige Auslegung einer materiellrechtlichen Vorschrift, um die Anwendung einer unzulässigen Strafart oder eines unzulässigen Strafmasses, um die Nichanwendung einer obligatorischen Nebenstrafe.[33])

Eine scharfe Trennung der Rechts- und Tatfrage ist allerdings, wie schon ausgeführt wurde (erster Teil, Kap. III), kaum zu treffen. Die Lösung muss der Praxis des Kassationshofes überlassen werden. Im allgemeinen lassen die Kassationsgerichte die Anfechtung tatsächlicher Feststellungen auch nicht unter Behauptung ihrer Aktenwidrigkeit zu.[34]) Aus dieser Nichtanfechtbarkeit der Beweiswürdigung folgt die Nichtanfechtbarkeit des Strafmasses, solange es sich innerhalb des gesetzlichen Rahmens hält.[35])

Im übrigen können auch Verletzungen wichtiger prozessualer Grundsätze unter den Nichtigkeitsgrund, Ziff. 3, Art. 328, fallen, sofern sie materiellrechtliche Nebenwirkungen haben, z. B. die Verletzung des Grundsatzes ne bis in idem, der einen Strafausschliessungsgrund ergibt.[36]) Eine Verletzung des Gesetzes kann nur durch den eigentlichen, materiell wirksamen Teil des Urteils erfolgen, durch das Dispositiv, nicht durch die Entscheidungsgründe. Ist also das Urteil begründet, so ergibt eine unrichtige Motivierung keinen Nichtigkeitsgrund. Richtig entschied daher der frühere Kassationshof, dass die Kassation nicht auszusprechen sei, wenn gestützt darauf die Kassa-

---

[33]) Vgl. Stoos, Komm. zur MilStGO, S. 162.

[34]) Vgl. Entsch. Milit. Kassat. Ger. 1915—1925, Nr. 25, 66, 104, 151, Z. f. Str. 28, 224 ff, Komm. Löwe, S. 736/37.

[35]) Z. f. Str. 14, S. 470.

[36]) Stoos, Komm. zu MilStGO, S. 188.

tionsinstanz ein neues Urteil mit dem gleichen Urteilsdispositiv aussprechen müsste. „In diesem Falle hätte die Kassation keinen praktischen Zweck.“ [37])

d) Verfahren.

Das Verfahren vor dem Kassationshof ist dem Appellationsverfahren entsprechend geordnet (Art. 331, 333). Von der Nichtigkeitsklage gibt die Gerichtsbehörde, bei der sie erklärt wurde (Art. 298), den anderen Parteien Kenntnis, um ihnen zu einer Anschluss-Nichtigkeitsklage Gelegenheit zu geben (Art. 309, 331). Dieses der Anschlussappellation nachgebildete Rechtsmittel ist auf den Fall berechnet, dass sich eine Partei ihrerseits bei dem Urteil beruhigen will, aber bei Weiterziehung durch die Gegenpartei ihre Anträge aufrechterhalten möchte, die über den durch das erstinstanzliche Urteil geschützten Umfang hinausgehen, um eine Abänderung des Urteils auch zuungunsten des Nichtigkeitsklägers zu ermöglichen. [38])

Die Anschlussklage ist ein subsidiäres Rechtsmittel, da sie nur zulässig ist, wenn die Partei nicht ihrerseits die prinzipale Nichtigkeitsklage angebracht hat. Es gibt keinen Anschluss an eine Anschluss-Nichtigkeitsklage. Der Nichtigkeitskläger hat lediglich die Möglichkeit, mit Rücksicht auf die Anschlussklage seine Nichtigkeitsklage zu erweitern, sofern die Notfrist des Art. 298 noch nicht abgelaufen ist. [39])

Die Anschlussklage ist ein akzessorisches Rechtsmittel. Ihr Bestand ist von demjenigen der prinzipalen Nichtigkeitsklage abhängig. Wird diese zurückgezogen, so fällt auch die Anschlussklage dahin (Art. 309, IV). Das gleiche muss gelten im Falle der Zurückweisung der Nichtigkeitsklage infolge sogenannten Forumverschlusses (Art. 312).

Die Anschlussklage bei Anfechtung im Zivilpunkt steht der Gegenpartei immer zu (Art. 309, III). Hingegen steht bei Anfechtung im Strafpunkt die Anschlussklage dem Angeklagten zu, wenn die Staatsanwaltschaft oder der Privatkläger in diesem

---

[37]) Z XX 504.

[38]) Das deutsche StV kennt keine Anschlusserklärung, nur eine Gegenerklärung, also eine Art Klagebeantwortung und -widerlegung (§ 347); der BStP kennt weder das eine, noch das andere Rechtsmittel.

[39]) Leuch, Nr. 3 zu Art. 340 ZPO.

Punkte Nichtigkeitsklage erheben, wenn aber der Angeschuldigte im Strafpunkte Nichtigkeitsklage erhebt, kann die Staatsanwaltschaft, nicht aber der Privatkläger Anschluss begehren.[40]) Auf seiten der Staatsanwaltschaft ist es der Generalprokurator, der bis fünf Tage vor dem Verhandlungstag direkt beim Kassationshof Anschluss erklären und dem Präsidenten desselben seine Anträge einreichen kann. Dies wird dem Angeschuldigten durch eingeschriebenen Brief unverzüglich mitgeteilt. Zieht dieser daraufhin die Nichtigkeitsklage zurück, so fällt auch die Anschlussklage dahin (Art. 311).

Aus der verschiedenen Normierung des Anschlusses im Straf- und Zivilpunkt folgt, dass die Anschlussklage auf den Gegenstand der Hauptklage beschränkt ist und nicht auf einen beliebigen, mit der ersteren nicht notwendig im Zusammenhang stehenden, Teil des angefochtenen Urteils sich beziehen kann, also z. B. bei Anfechtung im Strafpunkt kann der Anschluss nicht den Kostenentscheid allein, oder das Entschädigungsbegehren allein betreffen.[41])

Auch für den Anschluss ist eine Notfrist von zehn Tagen nach der Mitteilung von der Nichtigkeitsklage vorgesehen (Art. 309, II). Nach Ablauf dieser Frist sendet das Gericht die Akten unverzüglich dem Kassationshof zu.

Verspätete Nichtigkeitsklagen weist der Kassationshof (nicht schon die erste Instanz) ohne Parteiverhandlung zurück und eröffnet den Beteiligten die Verfügung (Art. 312). Dieser Forumverschluss ist analog anzuwenden auf verspätete Anschlusserklärungen, sowie auf Nichtigkeitsklagen nach vorhergegangenem Verzicht. Nicht formgerechte Einlegung der Nichtigkeitsklage (ungenügende Anträge oder Begründung, fehlende Legitimation) führen nicht zu Forumverschluss, sondern zur Abweisung nach mündlicher Verhandlung.[42]) Ebenso prüft der Präsident des Kassationshofes nach Akteneingang die sachliche Zuständigkeit der Kassationsinstanz und hält er sie für nicht gegeben oder zweifelhaft, so lässt er den Kassationshof darüber entscheiden.

---

[40]) Doch kann er, sofern noch die 10tägige Frist offen steht, die prinzipale Nichtigkeitsklage einreichen.

[41]) M IX 362 lässt das Zurückkommen eines Freigesprochenen auf das Entschädigungsbegehren in seiner Anschlussappellation nicht zu.

[42]) Anders zum Teil § 349 deutscher StP.

Der die Zuständigkeit ablehnende Entscheid wird den Beteiligten mitgeteilt (Art. 313, I).

Liegt kein Grund zu einem Forumverschluss vor, so setzt der Präsident des Kassationshofes den Verhandlungstag an und erlässt die Ladung an die Parteien, die mindestens vierzehn Tage vor dem Verhandlungstage zuzustellen ist. Haftsachen sind mit tunlicher Beschleunigung ausser der Reihe zu erledigen. Die mündliche Verhandlung vor dem Kassationshof ist obligatorisch (Art. 332), wodurch sich das Verfahren noch weiter an das Appellationsverfahren anlehnt.[43])

Der Präsident bestimmt zwei Berichterstatter und setzt die Akten bei den Mitgliedern des Kassationshofes in Umlauf. 14 Tage vor dem Verhandlungstage müssen die Akten bei dem Gerichtsschreiber des Kassationshofes zur Einsicht durch die Beteiligten aufgelegt werden (Art. 315).

Die mündliche Verhandlung erledigt, wie diejenige der ersten Instanz zunächst die formellen Vorfragen;[44]) bei den Verhandlungen über dieselbe hat jede Partei das Recht auf einen einmaligen Vortrag (Art. 320). Sodann erhalten die Parteien in den Verhandlungen zur Hauptsache das Wort zu ihren Vorträgen, und zwar in folgender Reihenfolge: Staatsanwalt, Privatkläger, Angeschuldigter. Jede Partei hat das Recht auf einen einmaligen Vortrag (Art. 333). Als Vertreter der Staatsanwaltschaft amtet der Generalprokurator. Der Angeschuldigte und der Privatkläger können persönlich erscheinen oder sich von einem bevollmächtigten Anwalt vertreten lassen. Sie können sich aber auch auf die Einreichung eines schriftlichen Parteivortrages beschränken (Art. 318, I. und II.).[45]) Dieser wird in der genannten Reihenfolge vom Gerichtsschreiber verlesen (Art. 321). Der Präsident kann die Dauer der Vorträge zum voraus begrenzen, wogegen die Entscheidung des Gerichtes angerufen werden kann. Er bestimmt auch die Reihenfolge der Parteivorträge mehrerer Angeschuldigter oder Privatkläger (Art. 322).

---

[43]) Vgl. Art. 139 BStP.

[44]) Vgl. zweiter Teil, Kap. III, 2. Sie beginnt nicht mit einem Vortrag des Berichterstatters wie nach deutschem Recht (§ 357), es findet auch keine Aktenverlesung wie nach BStP (Art. 145) statt.

[45]) Ebenso Art. 143 BStP, doch hat im BStP der inhaftierte Angeklagte überhaupt keinen Anspruch auf persönliche Teilnahme.

Ausbleiben einer Partei hindert den Fortgang der Verhandlung nicht, sobald die Ausbleibende gesetzlich geladen war (Art. 318, III.). Doch kann das Gericht eine Parteiabhörung anordnen und demzufolge das persönliche Erscheinen fordern (Art. 317, III.).

Der Kassationshof ist auch befugt, vor und während der Verhandlung von Amtes wegen Beweiserhebungen anzuordnen, sei es vor dem Gerichte selbst, sei es vor einem seiner Mitglieder oder einem ersuchten Richter (Art. 331). Naturgemäss kann der Anstoss auch von den Parteien ausgehen, nur hat im Nichtigkeitsverfahren ein Parteianbringen dieser Art nicht den Charakter eines Antrages, sondern lediglich den einer Anregung.

e) Beurteilung.

Die Prüfungsbefugnis der Kassationsinstanz ist durch zwei Faktoren beschränkt: die Tatfrage ist seiner Ueberprüfung entzogen, die Ueberprüfung der Rechtsfrage kann nur in den Grenzen der geltendgemachten Nichtigkeitsgründe und Nichtigkeitsanträge erfolgen.

Damit ist gesagt, dass die Prüfung des erstinstanzlichen Verfahrens sich nicht auf die gesamte unterrichterliche Tätigkeit erstreckt, sondern nur auf die ausdrücklich angefochtenen Punkte. Was die Partei nicht rügt, wird nicht berücksichtigt. Der Kassationshof ist, dem Parteicharakter des Rechtsmittels gemäss, an die ihm vom Nichtigkeitskläger (oder Anschlusskläger) vorgelegten Beschwerdeanträge gebunden und darf nicht über sie hinausgehen. Erweisen sich die von der Partei geltend gemachten Beschwerdepunkte als nicht stichhaltig, so muss der Kassationshof die Beschwerde als unbegründet abweisen, selbst wenn er erkennt, dass andere, von der Partei nicht angerufene Verstösse vorliegen, die geeignet wären, Kassation herbeizuführen.[46])

---

[46]) So schon das alte Verfahren, vgl. auch M IX 155, Z XX 502; ebenso Art. 151 BStP, dazu Gut, S. 72, hingegen BOG 171, das die Gebundenheit an die Anträge, nicht aber an die Beschwerdepunkte ausspricht. Einen Mittelweg beschreiten MilStGO 192 und deutsch. StPO, § 352, die eine Bindung an die Beschwerdepunkte nur bei pro-

Sollte der Kassationshof an die Beschwerdeanträge nicht gebunden sein, so hätte das besonders bestimmt werden müssen, was aber nicht der Fall ist. Auch die Materialien geben keinen Anhaltspunkt in dieser Richtung. So sprechen z. B. die Erläuterungen 1926 nur davon, ob die Nichtigkeitsklage begründet oder unbegründet ist (S. 19).

Hingegen unterscheidet das BG über die Organ. der Rechtspflege (Art. 171) zwischen Beschwerdeanträgen und Beschwerdepunkten, sowie Rechtsbegründung. Nur an die Anträge ist das Gericht gebunden, nicht aber an die Beschwerdepunkte und die Rechtsbegründung. Die bernische ZPO (Art. 90) kennt sogar eine Kassation von Amtes wegen, wenn der Appellationshof gelegentlich einer (Appellation oder) Nichtigkeitsklage auf einen die Kassation rechtfertigenden Mangel stösst, den der Nichtigkeitskläger gar nicht gerügt hat. Allerdings bezieht sich diese amtswegige Kassation im Gegensatz zum BOG nicht auf materiellrechtliche, sondern gerade nur auf Verfahrensmängel.

Diese Kassation ohne Parteiantrag und Parteirüge ist ein Ausfluss des Offizialprinzips und des Aufsichtsrechts des Obergerichts über die unteren Gerichtsbehörden.[47]) Um so mehr kann man eine solche Berücksichtigung von Mängeln, und zwar prozessrechtlichen wie materiellen, im StV fordern, das noch viel stärker auf dem Offizialprinzip und demjenigen der materiellen Wahrheit ruht.

Der Kassationshof ist aber nicht nur an die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe, sondern auch die Nichtigkeits a n t r ä g e gebunden. Wird nur im Zivilpunkt ein Aufhebungsantrag gestellt, so kann nur dieser Teil des Urteils aufgehoben werden. Der nicht angefochtene Teil erwächst sofort in Rechtskraft, die Suspensivkraft der Nichtigkeitsklage erstreckt sich auf ihn nicht.[48]) Ausfluss dieses, nicht wörtlich zum Ausdruck gebrachten, Prinzipes ist das Verbot der reformatio in pejus (Art. 319). Das im Straf- oder Zivilpunkt nur von einer Partei angefochtene

---

z e s s r e c h t l i c h e n, nicht auch bezüglich Verletzungen materiellrechtlicher Bestimmungen vorschreiben.

[47]) L e u c h N 1, Art. 90 ZPO.

[48]) Ausdrücklich Art. 192 MilStGO.

Urteil darf nicht zuungunsten des Anfechtenden abgeändert werden. Eine Ausnahme machen nur die vom Staatsanwalt eingelegten Rechtsmittel, die sich zugunsten wie zuungunsten des Angeklagten auswirken können (Art. 301), ferner die Kostenauflage, die auch den Anfechtenden treffen kann (Art. 336). Der praktische Wert des Verbotes der reformatio in pejus ist durch die Möglichkeit einer Nichtigkeitsklage der Gegenpartei, oder eines Anschlusses derselben, nicht hoch anzuschlagen.

Das Urteil der Kassationsinstanz kann die Nichtigkeitsklage als unbegründet abweisen, womit das angefochtene Urteil nach Art. 297, Ziff. 3, in Rechtskraft erwächst. Die Rechtskraft wird auf den Tag der Urteilsfällung zurückbezogen. Die Kosten des Staates und der Gegenpartei werden dem Nichtigkeitskläger auferlegt (Art. 336, I). Findet der Kassationshof die Nichtigkeitsklage begründet, so hat er das Urteil aufzuheben. Teilweise Gutheissung kann nur erfolgen, wenn mehrere Kassationsanträge vorliegen, oder bei verschiedenen kumulierten Strafklagen bei verschiedenen Vergehen, nicht aber teilweise Gutheissung bezogen auf die verschiedenen Beschwerdepunkte. Ist die Nichtigkeitsklage auch nur in einem Punkte begründet, so ist das gleichbedeutend mit der Begründetheit überhaupt.[49])

Das weitere Verfahren nach Aufhebung des angefochtenen Urteils ist verschieden, je nach dem, welche Kassationsgründe zutreffen. Handelt es sich um unrichtige Gesetzesanwendung (Verletzung materiellen Rechts, Art. 328, Ziff. 3), so entscheidet der Kassationshof in der Sache selbst (Art. 334).[50]) Diesen Einbruch in den Grundgedanken der Kassation rechtfertigt die Ersparnis eines zweckwidrigen Umweges. In allen übrigen Fällen erfolgt Rückweisung an die erste Instanz an ein neu zu bildendes Geschwornengericht des gleichen Bezirkes, wobei das Obergericht auch eine neue Kriminalkammer bestellt (Art. 335, II und III).

Aus besonderen Gründen, und wenn daraus keine Nachteile zu erwarten sind, kann die Sache an das gleiche Geschwornengericht zurückgewiesen werden (Art. 335, IV). Das Untergericht hat die ganze Hauptuntersuchung neu durchzuführen,

---

[49]) Z f. Str. 13, S. 172.

[50]) So auch Art. 491 a StV, Art. 154 BStP, Art. 194 MilStGO.

nicht nur das Urteil allein nochmals zu fällen (Art. 335, II), wobei es an die rechtlichen Erwägungen des Kassationshofes gebunden bleibt (Art. 335, V).[51])

Wird das Urteil nur im Zivilpunkt nichtig erklärt, so verhandelt die Kriminalkammer ohne Zuziehung von Geschwornen (Art. 337).

Die Parteikosten des Nichtigkeitsklägers sind der Gegenpartei, die sich widersetzt, und allenfalls dem Staate aufzuerlegen, der auch die Staatskosten trägt (Art. 336). Fällt dem GG, dessen Urteil nichtig erklärt wird, Arglist oder grobe Nachlässigkeit zur Last, so kann es der Kassationshof, nachdem ihm Gelegenheit zur Verantwortung gegeben worden ist, ganz oder teilweise zur Rückerstattung der Kosten an den Staat verurteilen (Art. 325, III).

Das neue untergerichtliche Urteil ist in gleichem Masse wie das erste der Anfechtung durch eine neue Nichtigkeitsklage ausgesetzt.[52])

---

[51]) Vgl. BOG 172 II, § 358 deutsch. StV.

[52]) Ausdrücklich BOG 172/2, Zürcher StPO 436/2.